Wer erwirbt im Falle des § 164 Abs. 2 BGB. Eigentum an den dem Vertreter übergebenen Sachen.

Inaugural-Dissertation

der Hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Franz Jungmann
Referendar
aus Wanne-Eickel
z. Zt. beim Landgericht in Bochum

Approbiert am 15. Juli 1930.

47 32

Gedruckt bei Heinr. & J. Lechte, Emsdetten (Westf.)
Spezial-Druckerei für Dissertationen

1930

30:289

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Referent:
Geheimer Justizrat Universitäts-Professor Dr. Dr. K ü b l e r.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548605_0105

Jnhaltsverzeichnis.

§ 1. Das Problem. 1

§ 2. Die Stellvertretung im römischen Recht. 1

§ 3. Die Voraussetzungen des Besitz- und Eigentumserwerbes durch Stellvertreter im gemeinen Recht. 10

§ 4. Die Grundsätze der Stellvertretung nach bürgerlichem Recht, insbesondere § 164 Abs. 2. 15

§ 5. Die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches über Stellvertretung finden auf die nach § 929 BGB. zur Eigentumsübertragung erforderlichen Uebergabe keine Anwendung. 18

§ 6. Besitzerwerb durch Besitzdiener nach § 855 BGB. 21

§ 7. Besitzerwerb durch Beauftragten nach § 868 BGB. 26

§ 8. Das Eigentum an den vom Besitzdiener erworbenen Sachen erwirbt der Vertretene. 31

§ 9. Die Traditionserklärung des Veräußerers geht regelmäßig in incertam personam. Daher scheidet die Bestimmung des § 164 Abs. 2 für den Eigentumserwerb aus. 34

§ 10. Ist der Stellvertreter im Innenverhältnis Beauftragter, so erwirbt regelmäßig der Vertretene Eigentum an den dem Vertreter übergebenen Sachen. 39

§ 11. Der Standpunkt der Praxis. 44

Literaturverzeichnis.

Biermann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Sachenrecht, Berlin 1914.

Bremer: Beiträge zur Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter. In der Zeitschrift für Zivilrecht und Prozeß. Bd. 11 und Bd. 20 der N. F.

Bruns: Besitzerwerb durch Interessenvertreter. Tübingen 1910.

Corpus Iuris Civilis, Ausgabe Krüger-Mommsen, 1. Bd.: Institutionen und Digesten. Berlin 1922.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Tübingen 1900; 3. Bd. Tübingen 1905.

Dernburg: Das Sachenrecht. Halle 1908.

Draganesco: Die Lehre vom Besitzerwerb durch Stellvertreter nach römischem und bürgerlichem Recht. Berlin 1916.

Eck: Vorträge über das Recht des BGB., fortgef. von R. Leonhard. Bd. 1, Berlin 1903.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd., 1. Abteilung: Sachenrecht. Berlin 1905.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 1. Bd., 1. Abtlg. Allgem. Teil von Enneccerus, Marburg 1924.

Enneccerus-Kipp-Wolff: II. Bd. 1. Abtlg. Sachenrecht von Wolff. Marburg 1927.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Gaius: Institutiones. Edit. Seckel u. Kübler. Leipzig 1908.

Gruchot: Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts.

Hellmann: Die Stellvertretung in Rechtsgeschäften. München 1882.

Hölder: Pandekten, Allgem. Lehren, Freiburg, 1891.

v. Ihering: Der Besitzwille. Jena 1889.

v. Ihering: Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung. 3. Teil, 1. Abtlg. Leipzig 1888.

v. Ihering: Unsere Aufgabe und Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte. In Iherings Jahrb. für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 und Bd. 2.

Jung: Der Eigentumsübergang beim Kommissionskauf nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches. In der Zeitschrift für das ges. Handelsrecht von Goldschmidt.

Juristische Wochenschrift.

Kübler: Griechische Tatbestände in den Werken der kasuistischen Literatur. In der Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, romanische Abteilung, Bd. 29.
Last: Fragen der Besitzlehre, in Iherings Jahrb., Bd. 63.
Lenel: Stellvertretung und Vollmacht. In Iherings Jahrb. Bd. 36.
Leonhard, Franz:Vertretung beim Fahrniserwerb. Leipzig 1899.
Mitteis: Die Lehre von der Stellvertretung nach römischem Recht. Wien 1885.
Mitteis: Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Dickletians, 1. Bd. Leipzig 1908.
Mitteis: Besprechung über Wengers Stellvertretung im Rechte der Papyri. In der Zeitschrift d. Savigny-Stiftung f. Rechtsgeschichte. Romanische Abteilung, Bd. 28.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Amtl. Ausgabe. Berlin 1888. Bd. I und Bd. III.
Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Allgem. Teil, Berlin 1927.
Pauli: Jul.: Sententiae, Edit. Krüeger. Berlin 1876.
Pininski: Der Tatbestand des Sachbesitzerwerbes nach gemeinem Recht. 2. Bd. Leipzig 1888.
Planck: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. I. Berlin 1913; Bd. III. Berlin 1920.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des bürgerl. Gesetzbuches, bearb. v. Achilles, Gebhardt und Spahn.
Przibilla: Erwerb des mittelbaren Besitzes durch Stellvertreter in Iherings Jahrb. Bd. 50.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts. Hrsg. v. Mugdahn und Falkmann.
Regelsberger: Besitzerwerb durch Mittelsperson. In Iherings Jahrb. Bd. 44.
Regelsberger: Pandekten, Bd. 1, Leipzig 1893.
Rehbein: Das bürgerliche Gesetzbuch, I. Bd. Berlin 1899.
Rosenberg: Kommentar zum bürgerl. Gesetzbuch, Sachenrecht. 1. Halbband, München 1919.
Rosenstock: Der Eigentumserwerb an beweglichen Sachen durch stille Stellvertretung. Diss. Breslau 1917.
Rümelin: Das Handeln in fremdem Namen im bürgerlichen Gesetzbuch. In Arch. f. d. zivilistische Praxis, Bd. 93.
Savigny: System des heutigen römischen Rechts, 3. Bd. Berlin 1840.
Schlossmann: Der Besitzerwerb durch Dritte. Nach römischem und heutigem Rechte. Leipzig 1881.
Schlossmann: Die Lehre von der Stellvertretung, 2. Teil, 1902.

Seuffert's Archiv für die Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. I. 1925; Bd. III. 1926.
v. Tuhr: Der Allgemeine Teil des deutschen bürgerl. Rechts, Zweiter Band, 2. Hälfte. München 1918.
Wächter: Pandekten, Bd. I, Allgem. Teil. Leipzig 1880.
Weilinger: Besitz und Eigentumserwerb bei indirekter Stellvertretung nach gemeinem Recht und § 164 Abs. 2 des BGB. Diss. Heidelberg 1908.
Wenger: Stellvertretung im Rechte der Papyri. Wien 1885.
Wendt: Lehrbuch der Pandekten. Jena 1888.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. I, 9. Aufl. v. Kipp. Frankfurt 1906.

§ 1.

Das Problem.

Schon im gemeinen Recht waren die Voraussetzungen des Besitz- und Eigentumserwerbes durch Stellvertreter Gegenstand erbitterter Meinungsverschiedenheiten. Nach dem Inkrafttreten des bürgerlichen Gesetzbuches hat sich dieser Streit in unverminderter Stärke fortgesetzt und ist heute keineswegs als beendet anzusehen. Gehen doch die Ansichten über die Voraussetzungen des Besitz- und Eigentumserwerbes durch Stellvertreter trotz der Bestimmung des § 164 Abs. 2 BGB., die die Frage, ob der Vertreter offen als solcher auftreten muß, eindeutig festzulegen scheint, gerade in diesem Punkte auseinander. Unsere Aufgabe soll es sein, zu untersuchen, ob § 164 Abs. 2 BGB. auch auf die vom Vertreter vorgenommenen dinglichen Erwerbsgeschäfte, wie vielfach geleugnet wird, Anwendung findet, insbesondere, wer Eigentum an den dem nicht offen als Vertreter handelnden Vertreter übergebenen Sachen erwirbt.

Des hohen rechtsvergleichenden Interesses wegen sei vorher jedoch ein Rückblick über das römische und gemeine Recht gestattet.

§ 2.

Die Stellvertretung im römischen Recht.

Wenn man sich die Bedeutung der Stellvertretung im heutigen Rechtsverkehr vor Augen führt, so muß es verwundern, daß dem hochentwickelten römischen Recht ursprünglich eine direkte Stellvertretung völlig fremd war. Erscheint es doch undenkbar, daß ein größerer Geschäftsverkehr ohne jede Stellvertretung sich abspielen kann. Aber tatsächlich hat das römische Recht den Grundsatz der Unzulässigkeit der direkten Stellvertretung gehabt[1]).

---

[1]) Vgl. hierzu Ihering, Geist des römischen Rechts III, 1, S. 166; Mitteis, Römisches Privatrecht, S. 203; Stellvertretung, S. 77;

Aus der Fülle der Quellenstellen, die diesen Grundsatz zum Ausdruck bringen, seien an dieser Stelle als u. E. wichtigste folgende angeführt:

L 11 D 44, 7: „. . . neque stipulari, neque emere, vendere, contrahere, ut alter suo nomine recte agat, possumus."

L 73, 4 D 50, 17: „nec paciscendo nec legem dicendo nec stipulando quisquam alteri cavere potest."

Gaius Inst. II, 95[2]): „ex his apparet per liberos homines, quos neque iuri nostro subjectos habemus, neque bona fide possidemus . . . neque usumfructum habemus, neque possessionem, nulla ex causa nobis adquiri posse."

Den aus diesen Quellenstellen klar zutagetretenden Grundsatz hat Savigny[3]) einzuschränken versucht. Und zwar vertritt er die Ansicht, daß im Justinianischen Recht bei naturalem Erwerbe die direkte Stellvertretung zulässig gewesen sei, bei formellem zivilem Erwerbe dagegen nicht. Er stützt sich hierbei auf L. 53 D. 41, 1:

„ea quae civiliter adquiruntur, per eos, qui in potestate nostra sunt, adquirimus, veluti per stipulationem; quod naturaliter adquiritur sicuti est possessio, per quemlibet volentibus nobis possidere adquirimus."

Savigny hat jedoch verkannt, daß hierdurch nur eine Eigentümlichkeit des Besitzerwerbes im Gegensatz zum Rechtserwerb ausgesprochen werden soll, ein Unterschied in Bezug auf die Stellvertretung im ius civile und ius naturale soll keineswegs hierdurch zum Ausdruck gebracht werden[4]). Das bestätigt die Tatsache, daß spätere Codexstellen noch mit aller Deutlichkeit den von Savigny angegriffenen Grundsatz zum Ausdruck bringen[5]).

Es sei noch Hellmann[6]) erwähnt, der die Ansicht vertritt, direkte Stellvertretung sei im römischen Recht zulässig

---

Schloßmann, Stellvertretung II, S. 153 ff.; Besitzerwerb, S. 1 ff.; Bruns a. a. O., S. 15 u. 16; Regelsberger, Pandekten, S. 591; Iherings Jahrb., Bd. 44, S. 396; Wächter a. a. O., S. 415.

[2]) Edit. Seckel u. Kübler.

[3]) a. a. O. S. 96 und 97.

[4]) Vgl. Regelsberger, Pandekten, S. 592.

[5]) Vgl. Wächter a. a. O., S. 418.

[6]) a. a. O., S. 70 ff.

gewesen, die obenangeführten und sonstigen zum Beweise des Grundsatzes der Unzulässigkeit der Stellvertretung herbeigezogenen Quellenstellen sprächen nur die Ungültigkeit von Verträgen zugunsten Dritter aus, denn es sei in ihnen mit keinem Worte angedeutet, daß diese Stellen sich auf unmittelbare Stellvertretung bezögen. Diese Ansicht Hellmanns widerspricht nicht nur der gesamten herrschenden Lehre, sie ist auch an Hand der Quellen eingehend und zweifelsfrei widerlegt worden[7]).

Interessant ist es, zu erfahren, daß in Aegypten die Griechen direkte Stellvertretung in Prozessen und Rechtsgeschäften gehandhabt haben. Es ist ein Verdienst Wengers[8]), dies an Hand der Urkunden nachgewiesen zu haben. Der weitergehende Versuch Wengers[9]), der den Nachweis dafür führen will, daß auch die Römer in Aegypten direkte Stellvertretung angewandt haben, trägt dagegen den Stempel der Unwahrscheinlichkeit in sich. Denn es ist nicht anzunehmen, daß die römischen Provinzrichter anders entschieden haben, als der respondierende Jurist in Rom oder als die reskribierenden Kaiser[10]). Auch halten seine Argumentationen einer eingehenden Quellenforschung nicht stand[11]).

Angesichts der Tatsache, daß dem römischen Recht die direkte Stellvertretung fremd ist, hat es nicht an Stimmen gefehlt, die die Gründe für diese sicherlich eigenartige Erscheinung zu ergründen suchen. So bringt Regelsberger[12]) die Unzulässigkeit der Stellvertretung in Zusammenhang mit dem Streben des römischen Rechts nach Festigkeit und Klarheit des Rechtsverkehrs, da die Stellvertretung Zweifel und Verwicklungen mit sich bringt. Mitteis[13]) dagegen erblickt den

---

[7]) Vgl. hierzu besonders die Ausführungen bei Mitteis, Stellvertretung, S. 34 ff.

[8]) Stellvertretung im Rechte der Papyri.

[9]) Im 2. u. 3. Abschnitte dieses Buches.

[10]) Vgl. Kübler, a. a. O., S. 223.

[11]) Vgl. die Ausführungen von Mitteis, Zeitschr. d. Sav.-Stift, Bd. 28, S. 475 ff. und besonders die von Kübler a. a. O. S. 219 bis 223.

[12]) Regelsberger, Pandekten, S. 591.

[13]) Röm. Privatrecht, S. 204; Stellvertretung, S. 13 ff.

Grund dieser Erscheinung in dem antiken Formalismus, der der Entwicklung der Stellvertretung hindernd entgegengestanden habe[14]), ferner aber auch darin, daß die institorische und exercitorische Klage ein vollkommener Ersatz wahrer Stellvertretung gewesen seien, das Bedürfnis nach dieser daher im Keime erstickt hätten. Ihering[15]) geht in seiner Betrachtung über die Gründe der Ablehnung der Stellvertretung von den zwei Seiten des Rechtsgeschäftes aus, seinen Voraussetzungen und seinen Wirkungen. Die Stellvertretung enthält begrifflich eine Spaltung dieser beiden Seiten des Rechtsgeschäfts. Die Voraussetzung, die Handlung, fällt auf die Person des Vertreters, die Wirkung entsteht in der Person des Vertretenen. Das aber widerspricht der Struktur des alten Rechtsgeschäfts, daß in seinen Voraussetzungen notwendig eins ist, wie es L. 11 D. 44, 7 zum Ausdruck bringt[16]):

„Quaecunque gerimus, cum ex nostro contractu originem trahunt (Ursache) nisi ex nostra persona obligationis initinsumant (Wirkung) inanem actum nostrum efficiunt, et ideo neque stipulari neque emere vendere contrahere ut alter (suo nomine) recte agat possumus."

In diesem formalen Moment und weiteren psychologischen und praktischen Gründen erblickt Ihering die Motive, die zur Ablehnung der Stellvertretung führten.

Die Ansichten von Ihering und Mitteis decken sich, soweit sie formalen Gründen eine Bedeutung für die Unzulässigkeit der Stellvertretung beimessen. Insoweit haben beide das Richtige getroffen, denn es ist sicher anzunehmen, daß die streng formale Auffassung des älteren römischen Rechts der Hauptgrund für die Ablehnung der Stellvertretung gewesen ist. Dagegen ist nicht einzusehen, daß praktische Gesichtspunkte, wie Ihering annimmt, eine Rolle gespielt haben könnten, denn jedes andere Hilfsmittel des römischen Rechts ist gegenüber direkter Stellvertretung unpraktisch. Ebensowenig erscheinen die Gründe Regelsbergers durchschlagkräftig, denn

---

[14]) Ebenso Bruns a. a. O., S. 19.
[15]) Geist des römischen Rechts, S. 176.
[16]) Vergl. Ihering, Geist des röm. Rechts, St. 176.

durch direkte Stellvertretung ist der Klarheit und Festigkeit des Rechtsverkehrs mehr gedient, als mit den Aushilfsmitteln des römischen Rechts. Daß die institorischen und exercitorischen Klagen, wie Mitteis annimmt, als Ersatzmittel für direkte Stellvertretung das Bedürfnis nach dieser eingeschränkt haben, erscheint einleuchtend. Auf der anderen Seite bestätigen aber ihr Dasein und ihre fortschreitende Entwicklung noch einmal die Abneigung des formal denkenden Römers gegenüber wahrer Stellvertretung. So erscheint uns die streng formale Struktur des alten Rechtsgeschäfts als ausschlaggebender Grund für die Ablehnung unmittelbarer Stellvertretung im römischen Recht.

Diese Ablehnung umfaßt ursprünglich auch den Besitzerwerb[17]). Das sagt mit aller Deutlichkeit Paulus, lib. sent. V. 2 § 2:

„per liberas personas, quae in potestate nostra non sunt, adquiri nobis nihil potest."

Dieser Satz läßt jedoch schon erkennen, daß das römische Recht da eine Ausnahme machte, wo es sich um den Erwerb durch gewaltunterworfene Personen handelte. Personen, die in potestate einer anderen Person stehen, erwerben den Besitz für diese[18]). Das ist keine Folge echter Stellvertretung, sondern allgemeiner Lehren des Personenrechts und der Statuslehre. Die der väterlichen Gewalt unterstehenden Hauskinder erwerben für das Familienoberhaupt auf Grund dessen väterlicher Gewalt. Sklaven erwerben für ihren Herrn, wenn sie in dessen Besitz stehen[19]).

Doch ist in der Möglichkeit, durch Sklaven Besitz erwerben zu können, der Ausgangspunkt für die weitere Entwick-

---

[17]) Vgl. Ihering, Geist des römischen Rechts, S. 109; Mitteis, Röm. Privatrecht, S. 204; Bruns a. a. O., S. 15.

[18]) Vgl. Gaius II, 89 ff.

[19]) Diese Tatsache erweist sich als Ausnahme der Lehre vom Besitzkorpus. Die klassische Zeit versucht diese Ausnahme zu rechtfertigen, indem sie den Besitz an der Person des Sklaven auf alles das ausdehnt, was sich in dessen Machtsphäre befindet und ihm gleichzeitig die Fähigkeit aberkennt, selbst Besitzer zu sein. Vgl. Bruns a. a. O., S. 13, und die dort zitierten Quellenstellen.

lung zu erblicken, die im Justinianischen Recht so weit fortgeschritten ist, daß Besitzerwerb durch jede freie Person zulässig ist[20]). Freigelassene Sklaven nämlich setzen vielfach die Dienste fort, die sie bis dahin für ihren Herrn verrichtet haben. Solche Freigelassene oder andere Freie, deren man sich zur Verwaltung des Vermögens oder eines größeren Teiles desselben bedient, nennt man Prokuratoren. Und Prokuratoren können nunmehr für ihren Herrn Besitz erwerben, ebenso wie auch der Tutor jetzt unmittelbar für den Unmündigen Besitz erwerben kann. Vom Prokurator bis zum Spezialbevollmächtigten ist kein weiter Weg mehr. Ob dieser Weg noch über den „quasiprocurator", den man nach Mitteis[21]) bereits in severischer Zeit für einen einzelnen Fall bestellen konnte, geführt hat, kann dahingestellt bleiben. Jedenfalls steht das Ergebnis fest, daß im Justinianischen Recht alle handlungsfähigen Personen zum unmittelbaren Besitzerwerb für andere zugelassen sind[22]). Es gilt jetzt der Satz:

„placet per liberam personam omnium rerum possessionem quaeri posse"[23]).

Dieser Satz gewinnt an Bedeutung, wenn man berücksichtigt, daß im römischen Recht bei der Tradition der Eigentumserwerb durch den Besitzerwerb vermittelt wird, durch die Tradition kann also jetzt jede libera persona Besitz und Eigentum für den Auftraggeber erwerben. Vgl. L. 20 § 2 D. 41, 1:

„per liberam personam possessionem quaeri posse et per hanc dominium."

Es ist nunmehr zu untersuchen, welches die Voraussetzungen des Besitzerwerbes durch gewillkürten Stellvertreter nach römischem Recht sind; der Besitzerwerb durch die in der potestas stehenden Personen darf hierbei unberücksichtigt bleiben, weil das moderne Recht Besitzerwerb durch gewaltunterworfene Personen nicht kennt, ein rechtsvergleichendes Interesse hierfür daher nur in geringem Maße vorhanden ist.

---

[20]) Vgl. Regelsberger in Iherings Jahrbüchern, Bd. 44, S. 397; Bruns a. a. O., S. 16.

[21]) Vgl. röm. Privatrecht, S. 212.

[22]) Vgl. statt aller Mitteis. Röm. Privatrecht, S. 212 und 213.

[23]) § 5 Inst. 2, 9.

Die Grundsätze des römischen Rechts in diesem Zusammenhange ergeben sich aus dem Satze:

„possessionem adquirimus animo et corpore; animo utique nostro, corpore vel nostro vel alieno“[24]).

Vertretung ist nur im corpus möglich, den animus possidendi muß der Vertretene immer selbst haben, sei es, daß er sich in Form des Mandats, sei es, daß er sich in nachträglicher Ratihabition äußert. Der Vertreter wirkt nur bei Erlangung des corpus, der tatsächlichen Herrschaft über die Sache, mit. Er äußert allerdings hierbei auch den Willen, Besitz an der Sache zu erwerben, aber nicht für sich, sondern für seinen Herrn. Dieser Wille darf mit dem animus possidendi nicht verwechselt werden, er ist nur Detentionswille.

Im Rahmen dieser Arbeit tauchen sodann noch zwei Fragen auf. Muß der Vertreter beim Besitzerwerbe zu erkennen geben, daß er für einen anderen Besitz erwerben will, ferner, was ist die Folge, wenn er die Absicht hat, für sich selbst Besitz zu erwerben?

Beide Fragen sind an Hand der Quellen nicht zweifelsfrei zu klären. Das kann weiter nicht verwundern, wenn man bedenkt, daß die Zulassung des Besitzerwerbes durch Stellvertreter im römischen Recht verhältnismäßig spät einsetzte, so spät jedenfalls, daß bei Eintritt des Verfalls der Rechtswissenschaft eine abgeschlossene Lehre hierüber nicht vorlag[25]).

Was die erste der Fragen betrifft, so läßt sich allerdings indirekt gleichwohl aus den Quellen der Schluß ziehen, daß im römischen Recht zum Erwerbe des Besitzes durch Stellvertreter nicht erforderlich war, daß der Stellvertreter sein Vertretungsverhältnis offen zum Ausdruck brachte. Wohl findet man in den Quellen in diesem Zusammenhange Wendungen wie meo nomine oder nostro nomine[26]), die Leonhard[27]) dazu veranlaßt haben, das Erfordernis des Handelns im fremden Namen für das römische Recht aufzustellen. Hierge-

---

[24]) Paulus, lib. sent. V., 2, § 1.

[25]) Bruns a. a. O., S. 26.

[26]) Vgl. L. 13, § 1, D. 41,1; L. 47, D. 41,3 und L 9, § 20, L 1, § 20, D. 41,2.

[27]) a. a. O., S. 17 ff.

gen hat Schlossmann[28]) jedoch mit Recht betont, daß diese Wendungen nicht die Form der Erklärungen des Vertreters treffen sollen, sondern sich nur auf den Zusammenhang der Besitzergreifung mit der Interessensphäre des Vertretenen beziehen. Man darf mit Bruns[29]) annehmen, daß die Quellen sich präziser ausgedrückt hätten, wenn entscheidender Wert auf die Offenkundigkeit der Vertretungshandlung gelegt worden wäre. Noch mehr überzeugt der Analogieschluß, den Bruns[30]) aus dem Sklavenrecht zieht. Daß das Sklavenrecht Ausgangspunkt für die Zulassung des Besitzerwerbes durch freie Mittelspersonen war, ist oben bereits dargelegt worden. Berücksichtigt man ferner, daß die ganze Entwicklung dieses letzteren Rechtsinstitutes bei Eintritt des Verfalles der Rechtswissenschaft keineswegs abgeschlossen war, so drängt es dazu, die Bestimmungen des Sklavenrechts zum Vergleich heranzuziehen, denn sicher werden diese von großem Einfluß auf die Voraussetzungen des Erwerbes durch freie Mittelspersonen gewesen sein. Daß aber im Sklavenrecht der Erwerb des Herrn durch die Offenkundigkeit der Sklaveneigenschaft des für ihn handelnden Sklaven nicht bedingt war, ist unbestritten. Daraus darf man den Schluß ziehen, daß das römische Recht auch für den Erwerb durch freie Mittelspersonen die Offenkundigkeit der Vertretungshandlung nicht gefordert hat, anderenfalls würde es in den Quellen in zweifelsfreierer Form zum Ausdruck gebracht worden sein.

Bei der zweiten der beiden Fragen ergeben sich aus den Quellen besondere Schwierigkeiten, weil hier zwei Stellen schwer miteinander in Zusammenhang zu bringen sind und sich geradezu zu widersprechen scheinen. Es sind dies L. 13 D. 39,5 und L. 37 § 6 D. 41,1. Es hat nicht an Stimmen gefehlt, die erklärt haben, daß die beiden Stellen in unlösbarem Widerspruch zueinander stehen, daß es sich hierbei um einen Fall der Antinomie handele[31]). Im Gegensatz hierzu hat Bre-

[28]) Besitzerwerb, S. 151/156.
[29]) a. a. O., S. 29.
[30]) a. a. O., S. 29.
[31]) Vgl. zu diesem Punkte Windscheid a. a. O., § 155, Anm. 9. und die dortigen Literaturangaben.

mer[32]) die Ansicht vertreten, daß es sich bei den beiden Quellenstellen um die Regelung zweier verschiedener Tatbestände handele, ein Widerspruch der beiden Stellen bestände nicht. L. 13, D. 39,5 regele den Fall, wo der Vertreter bei der Uebergabe im Widerspruch zur Erklärung des Tradenten heimlich den Willen gehabt habe, nicht für seinen Auftraggeber, sondern für sich zu erwerben. Dann solle der geheime Wille des Vertreters außer Betracht bleiben, der Erwerb trete in der Person des Vertretenen ein. Sei jedoch bei der Tradition der widersprechende Wille des Vertreters offenkundig gewesen, so sei die Tradition nichtig. Dies sei der Fall der L. 37 § 6 D. 41,1. Hiervon ausgehend hat Bremer bei der Frage des Erwerbes durch Stellvertreter für das gemeine Recht die Willenstheorie geschaffen, wonach dem Willen des Vertreters entscheidende Bedeutung beizumessen ist.

Für das römische Recht selbst hat u. E. jedoch weder diese, noch irgend eine der im gemeinen Recht bestehenden anderen Theorien irgendwelche Bedeutung. Mit den im gemeinen Recht auftauchenden Problemen hat das römische Recht sich noch nicht genügend beschäftigt, bei der Kürze der Entwickelung der hier interessierenden Fragen ist es jedenfalls zu einer abgeschlossenen Lehre hierüber nicht gekommen.

Uns erscheint daher ein bestimmter und unzweideutiger Aufschluß über die uns interessierende Frage aus den Quellen nicht möglich. Darüber, ob die beiden fraglichen Stellenquellen sich widersprechen, welcher von ihnen eventuell der Vorzug zu geben ist, ob sie entsprechend der Ansicht Bremers doch miteinander vereinbar sind, ist u. E. eine zweifelsfreie Antwort aus dem römischen Recht selbst nicht zu geben. Nur eine Erkenntnis scheinen uns die Quellen zu bieten, die nämlich, daß auch das römische Recht schon auf die Frage gestoßen ist, welche Bedeutung der Wille des Mittlers beim Besitz- und Eigentumserwerb hat. Das beweist die Tatsache, daß sich die Quellen, wenn auch nicht in zweifelsfreier Weise, mit dieser Frage befassen.

---

[32]) a. a. O., Bd. 11 und Bd. 20 der neuen Folge.

§ 2.

Die Voraussetzungen des Besitz- und Eigentumserwerbes durch Stellvertreter im gemeinen Recht.

Die Voraussetzungen, von denen das gemeine Recht bei der Frage des Besitz- und Eigentumserwerbes durch Stellvertreter ausging, waren wesentlich andere als im römischen Recht. Während das römische Recht bis zum Schluß an dem Grundsatz der Unzulässigkeit unmittelbarer Stellvertretung bei obligatorischen Rechtsgeschäften festhielt, ließ das gemeine Recht unmittelbare Stellvertretung bei allen Rechtsgeschäften zu. Es war dies eine Folge allmählicher Entwickelung im Wege des Gewohnheitsrechts[33]). Während die Zulässigkeit der unmittelbaren Stellvertretung allgemein anerkannt war, wurde im gemeinen Recht jedoch über die Voraussetzungen derselben beim Besitz- und Eigentumserwerb erbittert gestritten. Besonders über die Frage, ob offenes Handeln des Vertreters zum Besitz- und Eigentumserwerb des Vertretenen erforderlich war, wurde gestritten, während Einmütigkeit im ganzen darüber herrschte, daß obligatorische Rechte und Pflichten in der Person des Vertretenen nur entstehen konnten, wenn das Vertretungsverhältnis des Vertreters in dessen Handlung offenkundig geworden war[34]).

Die verschiedenen Meinungen über die Voraussetzungen des Eigentums- und Besitzerwerbes durch Stellvertreter lassen sich unter zwei Gesichtspunkten zusammenfassen. Man legt entweder entscheidenden Wert auf die Erklärung des Tradenten, oder man scheidet die Interessen des Tradenten aus und regelt die Eigentums- und Besitzverhältnisse unabhängig von der Traditionserklärung nach Momenten, die sich aus der Person des Vertreters oder des Vertretenen ergeben.

Als Hauptvertreter der ersten Ansicht muß Windscheid genannt werden. Er sagt wörtlich[35]):

---

[33]) Vgl. Hölder a. a. O., S. 300.
[34]) Vgl. Wendt a. a. O., S. 125.
[35]) a. a. O., S. 773.

„Bei der Tradition ist entscheidend für die Willensrichtung des Empfängers die Erklärung des Tradenten, in dem Sinne, daß, wenn der Empfänger gegen dieselbe keinen Widerspruch einlegt, obgleich er sich über ihren Inhalt nicht im Irrtum befindet, er sich eben dadurch diesen Inhalt aneignet, und ein etwa bei ihm vorhandener gegenteiliger Wille, weil nicht geäußert, nicht in Betracht kommt." Hieraus geht hervor, daß Windscheid den Willen des Vertreters zwar nicht völlig außer Acht läßt, ihm eine Bedeutung jedoch nur dann beilegt, wenn er bei Entgegennahme der Traditionserklärung offenkundig geworden ist. Praktisch ist damit die Erklärung des Tradenten von ausschlaggebender Bedeutung, weil der Vertreter regelmäßig gar nichts äußert, sein Vertretungswille also unberücksichtigt bleibt, weil er nicht offenkundig geworden ist.

Aehnlich hat Ihering[36]) die Ansicht vertreten, daß die Wirksamkeit aller vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte von dem Abschluß auf den Namen des Vertretenen abhängig zu machen sei. Bemerkenswerterweise hat Ihering selbst diese Ansicht aufgegeben, denn später[37]) steht er auf dem Standpunkte, daß die Beziehung des Geschäftes auf einen anderen in der Handlung selbst nicht äußerlich, objektiv hervortrete, sondern nur innerlich, subjektiv sei.

Auch hat es nicht an höchstrichterlichen Entscheidungen gefehlt, die sich im Sinne der Windscheidschen und der anfänglich von Ihering vertretenen Ansicht ausgesprochen haben. In einer Entscheidung des Oberappellationsgerichts zu Lübeck[38]) vom 30. April 1831 heißt es z. B.: „Besitz und Eigentum für den Vertretenen werde dann nicht erworben, wenn der Vertreter im eigenen Namen, d. h. ohne zu bemerken, daß er für einen anderen erwerben wolle, den Vertrag abschließt." Und in einer Entscheidung des Hanseatischen Oberlandesgerichts[39]) vom 27. April 1887 merkt man deutlich die Uebereinstimmung mit der Ansicht Windscheids, heißt

[36]) Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 1, S. 319 ff.
[37]) Jahrbuch für Dogmatik, Bd. 2, S. 76.
[38]) Seufferts Archiv, Bd. 12, Nr. 122, S. 163.
[39]) Seufferts Archiv, Bd. 37, Nr. 192, S. 272.

es doch dort: „. . . . Die Verkäufer dieser neuen Waren mußten annehmen, daß M. persönlich Käufer sei, sie konnten also auch nur diesem persönlich die Waren tradieren wollen, und diesen Willen hat M. sich angeeignet, indem er, ohne Widerspruch dagegen zu erheben, sich tradieren ließ; ein etwa vorhandener gegenteiliger Wille würde, weil nicht geäußert, nicht in Betracht kommen."

Im Gegensatz hierzu ist im gemeinen Recht als herrschende Ansicht die vertreten worden, daß der Erklärung des Tradenten keine ausschlaggebende Bedeutung beizulegen ist, weil dieser im Regelfalle kein Interesse an dem Verbleib des Besitzes und des Eigentum der von ihm tradierten Sachen hat.

Die Grundlagen dieser Auffassung zeigen am besten die Ausführungen Lenels[40]): „Wohl liegt dem Verkäufer an der Person des Käufers, aber nur um des obligatorischen Verhältnisses willen; ob dieser Käufer die tradierte Ware für sich oder einem anderen erwirbt, kann ihm vollständig gleich sein." Dann weiter: „Was macht es für den Verkäufer aus, ob der hinter dem Käufer stehende Dritte sofort durch die an den Käufer erfolgte Tradition Eigentümer wird, oder erst durch eine zweite von Seiten des Käufers an ihn zu bewirkende Tradition."

Ganz ähnlich sind auch die Ausführungen von Wendt[41]) und Bremer[42]), wie überhaupt die gesamte herrschende Meinung bei Regelung der Besitz- und Eigentumsverhältnisse von dem Grundsatze ausgeht, daß der Erklärung des Tradenten nur dann entscheidende Bedeutung beizumessen ist, wenn sie, was nur in Ausnahmefällen der Fall ist, ausdrücklich auf eine bestimmte Person gerichtet ist. Im Regelfall aber geht hiernach die Traditionserklärung in incertam personam.

Auch die Praxis hat sich in der weitaus größten Anzahl der Fälle auf den gleichen Standpunkt gestellt. Aus der Fülle der hierüber vorhandenen Entscheidungen sei auf das

---

[40]) a. a. O., S. 43/44.
[41]) a. a. O., S. 125.
[42]) Bd. 11, S. 79.

Urteil des Oberlandesgerichts zu Braunschweig[43]) hingewiesen, das den hier fraglichen Grundsatz wie folgt zum Ausdruck gebracht hat: „Vielmehr ist der Sinn des Traditionsgeschäftes der Regel nach dahin aufzufassen, daß der Tradent sich des Besitzes entäußert und es dem Empfänger überläßt, für wen er ihn ergreifen wolle, sodaß es zur Ausschließung des Besitzerwerbes des Vertretenen der Darlegung eines ausschließlich auf Besitzerwerb des Empfängers gerichteten Willens für ihn selbst bedarf." Auch sei noch auf die Entscheidung des Oberlandesgerichts zu Celle[44]) vom 31. Januar 1893 hingewiesen, die folgendes ausführt: „Gerade beim Kaufe fehlt dem Verkäufer in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle jedes Interesse, wem das Eigentum an der verkauften Sache zufalle. Beim Barkauf erhält er sofort Aequivalent, beim Kreditkauf bleibt ihm der andere Kontrahent aus dem Vertrage verpflichtet." Von dem gleichen Grundsatze geht auch das Reichsgericht in seinen Entscheidungen vom 9. Februar 1884 und vom 17. Dezember 1892[45]) aus.

Die Frage nun, wer Eigentümer und Besitzer der dem Vertreter übergebenen Sachen wird, ist auf die verschiedenste Weise beantwortet worden, eine Anzahl von Theorien sind hierüber aufgestellt worden.

Als erste davon sei die sogen. Willenstheorie genannt, als deren Hauptvertreter Bremer[46]) angesehen werden muß. Hiernach ist der Wille des Stellvertreters ausschlaggebend für die Richtung des Eigentums- und Besitzerwerbs, und zwar der aus den Umständen zu ermittelnde innere Wille des Vertreters. Diese Theorie muß als im gemeinen Recht herrschend angesehen werden, wie sie auch die gemeinrechtliche Praxis durchweg ihren Entscheidungen zugrunde gelegt hat. Daß der Vertreter nach außen hin erkennbar sein Vertretungsverhältnis zum Ausdruck bringt, wird bei den Anhängern dieser Theorie nicht gefordert.

---

[43]) Seufferts Archiv, Bd. 48, Nr. 248, S. 395.
[44]) Seufferts Archiv, Bd. 49, Nr. 235, S. 398.
[45]) RG., Bd. 11, S. 128 und Bd. 30, S. 142.
[46]) a. a. O., Bd. 11, S. 49 ff. und Bd. 20, S. 25 ff.

Im Gegensatz zur Willenstheorie hat Ihering[47]) die Interessentheorie geschaffen, wonach Besitz- und Eigentumsverbleib unabhängig vom Willen der Parteien zu entscheiden sind. Nach Ihering[48]) ist die Besitzfrage lediglich eine Interessensfrage, bei der die Verschiedenheit des Interessenverhältnisses den Aufschluß gewähren muß. Ob der Vertreter den Willen hat, für sich oder den Vertretenen Besitz zu erwerben, ist dabei vollkommen gleichgültig. Nicht dagegen, ob er offen als Vertreter handelt oder nicht. Handelt er suo nomine, so hat er Interesse am Eigenerwerb der Verpflichtungen wegen, handelt er alieno nomine, dann fehlt dieses Interesse, dann erwirbt der Vertretene.

Als nächste Theorie ist die Causalitätstheorie Lenels zu nennen, die mit Iherings Interessentheorie nahe verwandt ist. Nicht nur schaltet auch sie den Willen der Parteien bei der Frage nach den Besitz- und Eigentumsverhältnissen aus, sondern auch sie geht von der Interessenlage aus. Maßgebend ist aber nach Lenel[49]) nicht das Interesse des Vertreters im konkreten Falle, sondern die typische Interessenlage. Diese ergibt sich nach Lenel aus dem der Tradition zugrunde liegenden Rechtsverhältnis. Die Lehre Lenels gipfelt in folgenden zwei Sätzen[50]):

„Wer im Auftrage eines anderen Besitz erwirbt, auf Grund eines für diesen anderen bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für diesen andern."

„Wer, sei es auch im Interesse und im Auftrag eines andern, Besitz erwirbt, auf Grund eines für ihn selbst bestehenden oder zu begründenden Kausalverhältnisses, erwirbt Besitz und Eigentum für sich selbst. Eine Ausnahme hiervon gilt aber für den Prokurator und den Vormund."

Eine besondere Stellung gibt Lenel[51]) also dem Prokurator. Dieser erwirbt mit Rechtsnotwendigkeit für seinen Herrn, ungeachtet des Handelns im eigenen Namen.

[47]) Besitzwille, S. 38, und S. 379 ff.
[48]) a. a. O., S. 380.
[49]) Vgl. a. a. O., S. 6 und 7.
[50]) a. a. O., S. 57.
[51]) Siehe a. a. O., S. 80 ff.

Zum Schluß sei noch die sogen. Konstitutstheorie erwähnt. Diese geht davon aus, daß die Parteien zwar bestimmen können, auf wen Besitz und Eigentum übergehen sollen. Geht aber aus der Tradition nicht hervor, wer erwerben soll, so erwirbt der Vertreter. Dieser aber kann, wenn er die übergebenen Sachen im Auftrage eines anderen erwirbt, sie durch constitutum possessorium sofort seinem Auftraggeber übertragen. Sind Auftraggeber und Vertreter darüber einig, daß Besitz und Eigentum für den Auftraggeber erworben werden sollen, so erwirbt der Auftraggeber in dem gleichen Augenblick, in dem auch der Vertreter erwirbt, durch antizipierendes constitatum possessorium.

Die Konstitutstheorie begegnet am häufigsten in gerichtlichen Entscheidungen[52]).

Eine kritische Würdigung der gemeinrechtlichen Theorien erübrigt sich an dieser Stelle. Bei der Bearbeitung des geltenden Rechts werden die Probleme, über die im gemeinen Recht gestritten wurde, wieder auftauchen, die Frage, welcher von ihnen der Vorzug zu geben ist, soll bei dieser Gelegenheit erörtert werden.

§ 4.

Die Grundsätze der Stellvertretung nach bürgerlichem Recht, insbesondere § 164 *Abs.* 2.

Das bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Voraussetzungen und die Wirkungen der Stellvertretung in den §§ 164 ff. § 164 Abs. 1. Satz 1 lautet:

> „Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen."

Diese Art der Vertretung, die man unmittelbare oder direkte Stellvertretung nennt, weil die Wirkungen derselben unmittelbar in der Person des Vertretenen eintreten, hat also zur Voraussetzung, daß der Stellvertreter im Namen des Vertretenen handelt, oder daß gemäß § 164 Abs. 1 Satz 2 das

[52]) Vgl. statt aller RG., Bd. 24, S. 314 und Bd. 30, S. 142.

Vertretungsverhältnis aus den Umständen offenkundig wird. Dazu ist weiter erforderlich, daß der Vertreter innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handelt.

Keine Stellvertretung im Sinne des bürgerlichen Gesetzbuches ist also die sogen. mittelbare oder indirekte Stellvertretung, bei der der Vertreter keine Vertretungsmacht hat und im eigenen Namen handelt, und bei der die Wirkungen nach der Absicht der Parteien einzig und allein in der Person des Vertretenen eintreten sollen, der sie später dann verabredungsgemäß auf den Vertretenen weiter übertragen soll.

Von der mittelbaren Stellvertretung ist der Fall streng zu scheiden, wo der Vertreter zwar Vertretungsmacht hat, die Wirkungen des Geschäftes den Vertretenen auch unmittelbar treffen sollen, der Vertreter es aber unterläßt, sein Vertretungsverhältnis offen zum Ausdruck zu bringen. Diesen Fall regelt § 164 Abs. 2 BGB.:

„Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht."

Die Gründe, die zur Aufnahme dieser Bestimmung in das bürgerliche Gesetzbuch geführt haben, entnehmen wir den Motiven[53]):

„Fehlt es an der Kundgebung des Vertreterwillens und hat andererseits der Handelnde auch nicht beabsichtigt, das Rechtsgeschäft im eigenen Namen einzugehen, so greifen an sich die Bestimmungen der §§ 95, 97—100 Platz. Das Gewollte ist nicht erklärt, und das Erklärte nicht gewollt. Mit der Zulassung des Einwandes würden Schikanen und Streitigkeiten in zahlreichen Fällen Tür und Tor geöffnet sein, ein Umstand, der schon jetzt die Praxis dazu geführt hat, denjenigen, der die Kundgebung des Vertreterwillens unterläßt, im eigenen Namen zu behandeln. Der Absatz 2 stellt sich auf den gleichen Standpunkt."

Der Standpunkt der Motive zu dem jetzigen § 164 Abs. 2 BGB. ist demnach klar. Die Schwierigkeit des Nachweises des aus der Erklärung des Vertreters nicht erkennbaren Wil-

[53]) a. a. O., Bd. 1, S. 126 zu § 116.

lens und die Zulassung dieses Einwandes des Mangels im Willen würden eine Gefährdung der Rechtssicherheit bedeuten. Aus Gründen der Rechtssicherheit muß man daher derartige Geschäfte des Vertreters als dessen eigene Geschäfte behandeln. Gegenkontrahent des Verkäufers ist nicht der Vertretene, sondern der Vertreter. Der Verkäufer muß sich darauf verlassen können, daß der Geschäftsgegner, mit dem er kontrahiert hat, ihm persönlich aus dem Geschäfte verpflichtet bleibt, und nicht irgend ein Dritter, mit dem er vielleicht niemals kontrahiert hätte. In dem gleichen Sinne sprechen auch die Protokolle und die in der II. Kommission hierzu gestellten Anträge, wie überhaupt die ganze Entstehungsgeschichte des jetzigen § 164 Abs. 2 BGB. sich in diesem Sinne ausspricht[54]).

Darnach kann nicht zweifelhaft sein, daß nach geltendem Recht aus den Geschäften des nicht offen handelnden Vertreters gemäß § 164 Abs. 2 BGB. obligatorisch berechtigt und verpflichtet nur der Vertreter selbst ist, obgleich dieses nicht unbestritten ist.

So will beispielsweise Eck[55]) den § 164 Abs. 2 so ausgelegt wissen, daß zwar der Vertreter dem Geschäftsgegner verpflichtet sein soll, daß aber der Geschäftsgegner neben ihm sich auch an den Vertretenen halten könne. Diese Meinung verstößt nicht nur gegen das Gesetz, das ausdrücklich Wirkungen in der Person des Vertretenen von der Offenkundigkeit der Vertretungshandlung abhängig macht[56]), sondern sie entspricht auch nicht der Billigkeit, wenn sie dem Gläubiger zwei persönlich haftende Schuldner zubilligt, was sich als „ein ganz unberechtigtes Glücksgeschenk“[57]) für diesen darstellen würde.

Eine andere Frage ist dagegen, ob die Bestimmung des § 164 Abs. 2 BGB. bei dinglichen Rechtsgeschäften, insbesondere aber bei der Uebertragung des Eigentums Anwendung findet. Diese uns allein interessierende Frage erstreckt sich

---

[54]) Vgl. hierzu die vorzüglichen Ausführungen bei Rümelin a. a. O., S. 202/204.

[55]) a. a. O., S. 180.

[56]) Ebenso Oertmann a. a. O., S. 606.

[57]) So Leonhard a. a. O., S. 13.

nicht auf das Immobilienrecht, da naturgemäß hier keine Zweifel herrschen können. Sie bezieht sich vielmehr nur auf den Verbleib des Eigentums an den dem gemäß § 164 Abs. 2 nicht offen handelnden Vertreter übergebenen beweglichen Sachen.

Das bürgerliche Gesetzbuch behandelt die Uebertragung des Eigentums an beweglichen Sachen, von den Uebergabesurrogaten der §§ 929 Satz 2, 930 und 931 abgesehen, in § 929 Satz 1. Dieser lautet:

„Zur Uebertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache ist erforderlich, daß der Eigentümer die Sache dem Erwerber übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll."

Die Uebertragung des Eigentums setzt sich hiernach zusammen aus der Uebergabe der zu tradierenden Sache an den Erwerber durch den Eigentümer und der Einigung beider Teile über den Eigentumsübergang.

Handelt es sich also darum, die Voraussetzungen des Eigentumserwerbes durch Stellvertreter, gleichgültig, ob offen oder nicht offen handelnd, zu untersuchen, so bedarf es einer gesonderten Untersuchung für beide Uebertragungsmomente.

Die „Uebergabe" der Sache an den Stellvertreter soll hier als erstes behandelt werden.

§ 5.

Die Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuches über Stellvertretung finden auf die nach § 929 *zur Eigentumsübertragung erforderlichen „Uebergabe" keine Anwendung.*

Es entsteht zunächst die Frage, was unter der „Uebergabe" der Sache gemäß § 929 BGB. zu verstehen ist. Den Willen des Gesetzgebers hierzu entnehmen wir in zweifelsfreier Form den Motiven[58]):

„Die Uebergabe bedingt, daß der Besitz der Sache, d. h. die nach § 854 Abs. 1 notwendige tatsächliche Gewalt, von dem Veräußerer auf den Erwerber übergeht."

[58]) a. a. O., Bd. III, S. 334.

Daß Uebergabe hiernach so viel bedeutet wie Uebertragung des Besitzes, kann nicht zweifelhaft sein.

Es ist daher nunmehr zu untersuchen, welches die Voraussetzungen des Besitzerwerbes durch Stellvertreter sind.

Schon im gemeinen Recht ist Hölder[59]) im Gegensatz zur herrschenden Lehre bei der Frage, ob der Stellvertreter offen handeln muß, davon ausgegangen, daß in diesem Zusammenhange ein Unterschied zu machen ist zwischen „Willenserklärungen" und „realen Willensäußerungen". Während er nun bei den ersteren die Offenkundigkeit der Vertretungshandlung fordert, von den Fällen, wo die Tradition in incertam personam geht, abgesehen, verneint er bei den realen Willensäußerungen, wozu nach ihm auch der Besitzerwerb gehört[60]), das Erfordernis der Offenkundigkeit der Vertretungshandlung. Was das Wesen des Besitzerwerbs angeht, hat damit Hölder eine wichtige Erkenntnis gehabt.

Auf den Besitzerwerb durch Stellvertreter können nämlich nach geltendem Recht die Grundsätze der Stellvertretung keine Anwendung finden. § 164 BGB. spricht von einer Anwendung der Grundsätze der Stellvertretung, wenn es sich um eine Vertretung bei „Willenserklärungen" handelt. Der Besitzerwerb aber enthält keine solche vom Gesetz geforderte Willenserklärung. Ob überhaupt beim Besitz neben der tatsächlichen Gewalt ein Besitzwille erforderlich ist, ist streitig und wird vielfach verneint[61]). Man wird aber doch mit der herrschenden Lehre neben der tatsächlichen Gewalt einen Besitzwillen fordern müssen, wenn auch das Gesetz ihn nicht ausdrücklich fordert. Zum Wesen der tatsächlichen Gewalt gehört nämlich auch ein hierauf sich beziehender Wille. Will man dieses verneinen, so muß man beispielsweise auch einem schlafenden Menschen, dem während des Schlafes Sachen in die Tasche gesteckt werden, den Besitz an diesen Sachen zusprechen[62]). Auch ist der Besitz nach seinem Wesen eine auf die Dauer angelegte Beziehung zur Sache. Die Frage, ob

[59]) a. a. O., § 57.

[60]) Vgl. § 41.

[61]) Vgl. Rosenberg a. a. O., S. 25—28; Leonhart a. a. O., S. 69 ff. und Biermann, Erläuterung 3 zu § 854.

[62]) Vgl. Wolff bei Enneccerus, Bd. II, 1. Abt., S. 29.

diese Beziehung auf die Dauer geschaffen ist, läßt sich nur aus der Willensrichtung des Besitzbegründers beantworten[63]).

Was insbesondere den derivativen Besitzerwerb angeht, so wird man hier nicht schlechthin leugnen dürfen, daß zum Besitzübergang eine Einigung der Parteien erforderlich ist. Diese Einigung ist selbstverständlich kein Vertrag, sondern nur eine vertragsähnliche Vereinigung zweier gleichgerichteter Willen[64]), dem Willen des Tradenten nämlich, den Besitz aufzugeben und auf den Erwerber zu übertragen, dem Willen des Empfängers, den Besitz zu erwerben.

Eine eingehende Untersuchung dieser Fragen erübrigt sich jedoch an diesem Orte. Geht man davon aus, daß der Besitz nur ein rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis über eine Sache ist, leugnet also damit auch jedes Willensmoment beim Erwerbe des Besitzes, so muß man auch die Anwendungsmöglichkeit der Stellvertretungsgrundsätze auf den Besitzerwerb verneinen, denn Stellvertretung gibt es nur bei Abgabe und Entgegennahme von Willenserklärungen[65]).

Bejaht man aber das Vorhandensein eines Besitzwillens, insbesondere beim derivativen Besitzerwerb, so kommt man gleichwohl zum gleichen Ergebnisse, denn es ist unzweifelhaft, daß der beim Besitzerwerb zutage tretende Wille keine Willenserklärung ist, bei der ein rechtlicher Erfolg auf Grund des erklärten Willens eintritt. So steht denn auch die herrschende Lehre[66]) mit Recht auf dem Standpunkte, daß die Grundsätze des bürgerlichen Gesetzbuches beim Besitzerwerb durch Stellvertreter keine Anwendung finden. Der Besitzerwerb durch Stellvertreter untersteht dem Spezialrecht des Sachenrechts, deshalb kann auch von einer analogen Anwendung der Grundsätze der Stellvertretung, für die besonders Przibilla[67]) und Draganesco[68]) einstehen, keine Rede sein[69]).

[63]) Vgl. Wolff a. a. O., S. 29.

[64]) Vgl. Bruns a. a. O., S. 74.

[65]) So auch Biermann, der Anhänger dieser Ansicht ist; vgl. a. a. O. zu § 855.

[66]) Vgl. Staudinger, Erl. IV., zu § 854; Oertmann, a. a. O., S. 607; Bruns a. a. O., S. 85 und Isay a. a. O., S. 348.

[67]) a. a. O., S. 326 ff.

[68]) a. a. O., S. 80.

[69]) Vgl. Bruns a. a. O., S. 85.

Vielmehr muß man bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen der Besitzerwerb durch Stellvertreter sich vollzieht, auf das der Stellvertretung zugrunde liegende Innenverhältnis zwischen dem Stellvertreter und dem Vertretenen zurückgreifen.

Hierbei sind zwei Fälle denkbar. Der Stellvertreter gehört entweder zum Haushalte oder Erwerbsgeschäfte des Vollmachtgebers, oder er steht zu ihm in einem ähnlichen Verhältnisse. Das ist der erste Fall. Der zweite Fall ist der, daß er, ohne in einer solchen Beziehung zum Vollmachtgeber zu stehen, auf Grund besonderen Auftrages tätig wird. Die Frage, wer Besitz an den dem Stellvertreter übergebenen Sachen erwirbt, ist für Fälle der ersten Art an Hand des § 855 BGB., für Fälle der zweiten Art an Hand des § 868 BGB. zu prüfen.

§ 6.

Besitzerwerb durch Besitzdiener nach § 855 *BGB.*

§ 855 BGB. lautet:

„Uebt jemand die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen in dessen Haushalt oder Erwerbsgeschäft oder in einem ähnlichen Verhältnisse aus, vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat, so ist nur der andere Besitzer."

Dem Wortlaute nach handelt § 855 also nur von Sachen, die der Besitzer durch seinen Besitzdiener bereits besitzt. In gleichem Maße aber gilt § 855 bezüglich der vom Besitzdiener in seiner Eigenschaft als Besitzdiener erworbenen Sache. Das ist allgemein anerkannt, streitig ist dagegen, welches im Einzelnen die Voraussetzungen hierzu sind. Ganz allgemein wird man sagen können, daß der Besitz dann für den „Besitzer" erworben ist, wenn die Voraussetzungen des § 855 BGB. erfüllt sind.

Dazu ist im Einzelnen zunächst einmal erforderlich, daß der Mittler die tatsächliche Gewalt über eine Sache erwirbt. Das ist selbstverständliche Voraussetzung.

Sodann ist erforderlich, daß der Mittler im Haushalte oder Erwerbsgeschäfte des Besitzherrn tätig ist, oder in einem

ähnlichen Verhältnisse zu ihm steht. Die Fälle dieser Art erschöpfend aufzuzählen, ist unmöglich. Entscheidendes Merkmal ist, daß der Mittler zum Herrn in einem Verhältnisse steht, „vermöge dessen er den sich auf die Sache beziehenden Weisungen des anderen Folge zu leisten hat".

Daß diesem Verhältnis ein Rechtsverhältnis, gleich welcher Art, zugrunde liegt, ist nicht erforderlich[70]), unerheblich ist daher, ob im Falle des Vorliegens eines solchen dieses gültig ist oder nicht. „Es kommt nur auf den Zustand tatsächlicher Unterordnung an."[71]) Diese Unterordnung ist nicht rechtlicher, sondern persönlicher, sozialer Natur. Das Verhältnis zwischen Besitzherrn und Besitzdiener ist soziales Ueber- und Unterordnungsverhältnis[72]). Ist z. B. zwischen Geschäftsherrn und Besitzdiener ein Dienstvertrag abgeschlossen worden, ein Vertrag wegen Dissenses der Erklärungen in Wirklichkeit aber garnicht zustande gekommen, so kann diese Tatsache daran nichts ändern, daß zwischen Besitzherrn und Besitzdiener ein Verhältnis der oben dargelegten Art besteht. Entscheidend ist vielmehr nur, ob die Voraussetzungen dieses Verhältnisses selbst gegeben sind, ein Verhältnis sozialer Abhängigkeit also vorliegt, kraft dessen der Besitzdiener in der Ausübung der Herrschaft über die Sache an den Willen des Herrn derart gebunden ist, daß er dessen Weisungen und Anordnungen unbedingt Folge zu leisten hat. Wann dieses im Einzelnen der Fall ist, läßt sich nur nach der Verkehrsanschauung beurteilen.

Wenn oben bei der Betrachtung, ob zum Besitze ein besonderer Besitzwille erforderlich ist, festgestellt wurde, daß ein Besitzwille beim Erwerbe des Besitzes in der Tat zu folgern ist, so muß das Gleiche auch für den Erwerb durch Besitzdiener gelten. Auch hier muß der Besitzherr den Erwerbswillen haben[73]), denn es geht nicht an, ihn durch den Besitzdiener Sachen erwerben zu lassen, die er nicht erwerben will.

---

[70]) Vgl. Rosenberger a. a. O., S. 44; Bruns a. a. O., S. 149; Last a. a. O., S. 130.

[71]) Rosenberg a. a. O., S. 44.

[72]) So richtig Bruns a. a. O., S. 148.

[73]) a. A. Biermann zu § 855 und Rosenberg a. a. O., S. 48.

Der Besitzerwerbswille braucht jedoch kein spezieller zu sein[74]), er äußert sich vielmehr regelmäßig allgemein in der Herstellung des Abhängigkeitsverhältnisses[75]).

Der Besitzdiener aber selbst hat keinen Besitzwillen. Das entspricht ja gerade dem Wesen der Besitzdienerschaft, daß er nur für seinen Herrn besitzt, für diesen die tatsächliche Herrschaft über die Sache ausübt oder erwirbt. Denkbar ist jedoch, daß er beim Erwerbe eigene Erwerbsabsicht hat. Darüber wird noch zu handeln sein.

Die wichtigste Voraussetzung des Erwerbes des Herrn ist die Zugehörigkeit der Erwerbshandlung des Mittlers zur Tätigkeit innerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses. Wann aber ist diese Zugehörigkeit gegeben? Nach Przibilla[76]) ist sie dann gegeben, wenn die Ausübung der tatsächlichen Gewalt als Ausfluß, als Erscheinungsform des Abhängigkeitsverhältnisses erscheint. Die Zugehörigkeit ergibt sich hiernach nach Przibilla aus rein objektiven Merkmalen, irgendwelche subjektive Merkmale in der Person des Mittlers sind dabei ohne ausschlaggebende Bedeutung. Der gleichen Ansicht sind im wesentlichen Endemann[77]), Staudinger[78]), Dernburg[79]), Biermann[80]) und Planck[81]).

Dagegen sprechen Rosenberg[82]), Bruns[83]), Rümelin[84]) und Crome[85]) dem Willen des Mittlers die Bedeutung zu, daß er des Erwerb des Herrn hindern könne. Ihnen ist u. E. beizupflichten, denn es geht nicht an, den Willen des Mittlers gänzlich auszuschalten. Es widerspräche zwar dem Wesen des bisher Ausgeführten, wollte man den Willen des Mittlers

---

[74]) Vgl. Wolff a. a. O., S. 29.
[75]) Ebenso Bruns, S. 149, und Endemann, S. 210, Anm. 9.
[76]) a. a. O., S. 348.
[77]) a. a. O., S. 210.
[78]) a. a. O., IV. zu § 855.
[79]) a. a. O., S. 72.
[80]) a. a. O., zu § 855.
[81]) a. a. O., Erl. zu § 855.
[82]) a. a. O., S. 48.
[83]) a. a. O., Seite 150.
[84]) a. a. O., S. 237.
[85]) a. a. O., S. 48.

zur Besitzbegründung des Herrn für erforderlich, als die Fremdwirkung bedingend halten. Denn der Mittler hat ja, wie oben ausgeführt wurde, keinen Besitzwillen, er übt nur die tatsächliche Herrschaft über die Sache aus. Den Besitzwillen hat der Herr selbst. Für die Begründung des Erwerbes des Herrn ist der Wille des Mittlers nicht Voraussetzung. Das läßt sich in keiner Weise aus dem Gesetz begründen.

Daraus aber zu folgern, daß ein Eigenerwerbswille des Mittlers keinerlei Bedeutung hat, ist nicht angängig. Hat der Mittler einen Eigenerwerbswillen, und ist dieser Wille objektiv erkennbar geworden, so fällt die Erwerbshandlung nicht in das Abhängigkeitsverhältnis[86]). Dann muß man dem Mittler auch den Besitz an den von ihm in Empfang genommenen Sachen zusprechen[87]). Regelmäßig wird der Mittler jedoch nur für seinen Herrn erwerben wollen. Man kann daher sagen, daß grundsätzlich der Herr erwirbt, wenn die Erwerbshandlung objektiv in den Rahmen des Abhängigkeitsverhältnisses fällt. Ist jedoch ausnahmsweise ein Eigenerwerbswille des Mittlers objektiv erkennbar geworden, so erwirbt der Mittler selbst.

Im Rahmen dieser Arbeit interessiert sodann noch eine wichtige Frage. Muß der Besitzdiener bei Entgegennahme der Sache, die er für seinen Herrn erwirbt, zum Ausdruck bringen, daß er nur Besitzdiener hinsichtlich dieser Sache ist? Diese Frage ist zu verneinen. Hierüber herrscht in der Literatur mit Recht Einmütigkeit, denn es ist aus dem Gesetz in keiner Weise ersichtlich, daß die Offenkundigkeit der Besitzdienereigenschaft Voraussetzung für den Erwerb des Herrn ist. Das Gleiche gilt auch für die Frage, ob die Richtung des Kausalgeschäftes Einfluß auf den Verbleib des Besitzes hat. Auch wenn das der Besitzübergabe zugrunde lie-

---

[86]) So auch Rümelin, a. a. O., S. 237.

[87]) Im Ergebnis zustimmend Rosenberg a. a. O., S. 48; Bruns a. a. O., S. 150/51; nicht so weit geht Crome, der für den Fall, daß der Mittler Eigenerwerbswillen äußert, diesem nur dann den Besitz zuspricht, wenn der Tradent darauf eingeht und ihm die Sache mit dieser Maßgabe übergibt.

gende Kausalgeschäft den Besitzdiener persönlich trifft, ist der Erwerb des Herrn in keiner Weise gefährdet[88]).

§ 7.

Besitzerwerb durch Beauftragten nach § 868 *BGB.*

Liegt zwischen dem Stellvertreter und dem Vertretenen im Innenverhältnis ein Auftrag zugrunde, so ist die Frage, wer Besitz an den vom Vertreter erworbenen Sachen erwirbt, wie oben schon gesagt wurde, an Hand des § 868 BGB. zu prüfen. Dieser lautet:

„Besitzt Jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse, vermöge dessen er einem Anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der Andere Besitzer (mittelbarer Besitz)."

In den hier aufgezählten Fällen hat den unmittelbaren Besitz an den dem Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. übergebenen Sachen nur derjenige, dem die Sache übertragen worden ist. Wer die Sache hingegeben hat, hat nur mittelbaren Besitz.

Ebenso gilt § 868 auch hinsichtlich der Sachen, die der Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. von dritter Seite erworben hat, und die Gegenstand des Nießbrauchs, des Pfandrechts usw. sind. Das ist allgemein anerkannt.

Was den Auftrag insbesondere angeht, so ist es zweifellos, daß er ein Verhältnis darstellt, das unter § 868 fällt. Uebergibt der Auftraggeber dem Beauftragten zum Zwecke der Ausführung des Auftrages irgendwelche Sachen, so erwirbt der Beauftragte an diesen Sachen unmittelbaren Besitz. Der Auftraggeber behält an diesen Sachen mittelbaren Besitz, denn der Beauftragte ist ihm gegenüber hinsichtlich dieser Sachen auf Zeit zum Besitze berechtigt und verpflichtet.

Im Ganzen herrscht weiter Einmütigkeit darüber, daß der Auftraggeber an Sachen, die der Beauftragte infolge des Auftrages erwirbt, ebenfalls mittelbaren Besitz erwerben kann. Die Voraussetzungen hierzu sind dagegen sehr bestritten.

---

[88]) Vgl. besonders Endemann, S. 210, und Bruns, S. 152.

Als Voraussetzung zum Erwerbe des mittelbaren Besitzes durch Mittelsperson wird zunächst einmal gefordert werden müssen, daß der Beauftragte den unmittelbaren Besitz an der von ihm erworbenen Sache erwirbt. Das bedarf keiner weiteren Begründung. Es sei jedoch noch darauf hingewiesen, daß mittelbarer Besitz in der Person des Beauftragten auch genügt. In diesem Falle kann dann der Auftraggeber mittelbarer Besitzer zweiten Grades werden. Erwirbt dagegen der Beauftragte überhaupt keinen Besitz, so kann natürlich auch kein mittelbarer Besitz in der Person des Auftraggebers entstehen.

Muß man nun weiter als Voraussetzung fordern, daß zwischen dem Auftraggeber und dem Beauftragten ein rechtsgültiges Verhältnis zugrunde liegt? Vornehmlich Planck ist es gewesen, der diese Frage verneint hat. Er beruft sich in erster Linie auf die § 868 zugrunde liegenden Anträge und fordert nur, daß ein Verhältnis vorliegt, das, seine Rechtsgültigkeit vorausgesetzt, ebenso wie die im Gesetz namentlich angeführten Rechtsverhältnisse geeignet ist, den Besitzer einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze zu berechtigen oder zu verpflichten[89]). Auch Leonhard[90]) und Biermann[91]) vertreten im Ergebnis die gleiche Ansicht. Hiernach beruht der mittelbare Besitz des Auftraggebers lediglich auf der Anerkennung, auf dem Willen des Beauftragten. Das aber ist mit dem Wesen des Besitzes nicht vereinbar. Es mag zweifelhaft sein, ob zum Besitze ein Besitzwille erforderlich ist, kein Zweifel aber sollte darüber bestehen, daß zum Besitz auch die tatsächliche Herrschaft über die Sache erforderlich ist. Und diese tatsächliche Herrschaft verkörpert sich doch in dem zwischen Auftraggeber und Beauftragten bestehenden Rechtsverhältnisse. Das Gesetz selbst redet in Bezug auf das in § 868 geforderte Verhältnis von einem Rechtsverhältnis, so in § 930 BGB. und § 76 ZPO., worauf Planck[92]) selbst hinweist. Man wird daher auch fordern müssen, daß das zwi-

[89]) a. a. O., Bd. III, S. 87.
[90]) Leonhard a. a. O., S. 71.
[91]) a. a. O., zu § 930.
[92]) a. a. O., Bd. III, S. 87.

schen dem Auftraggeber und Beauftragten bestehende Verhältnis ein gültiges Rechtsverhältnis ist, umso mehr, weil der Gegenansicht eine Reihe schwerwiegender Bedenken entgegenstehen.

Das erste dieser Bedenken entspringt dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit, darauf hat Bruns[93]) mit Recht hingewiesen. Würde eine Anerkennung des mittelbaren Besitzes durch den unmittelbaren Besitzer nach § 868 allein ausreichen, so würden betrügerischen Scheinübereignungen nach § 930 BGB., wo doch immer ein Rechtsverhältnis nach § 868 vorausgesetzt wird, Tür und Tor geöffnet sein. Das zweite Bedenken aber ergibt die Tatsache, daß ein einfacher Willensentschluß des Besitzmittlers dem mittelbaren Besitzer den Besitz entziehen kann. Das entspricht der konsequenten Durchführung der Gegenmeinung. Beruht doch hiernach der mittelbare Besitz einzig und allein auf dem Willen des Mittlers, kann doch also auch der Mittler durch seinen bloßen Willen den mittelbaren Besitz des anderen beenden. Wenn auch die Entstehungsgeschichte zugunsten der Gegenansicht spricht, so wird man sich daher doch auf den Standpunkt stellen müssen, daß Voraussetzung für das Bestehen wie für die Begründung des Besitzmittlerverhältnisses ein gültiges Rechtsverhältnis zwischen dem mittelbaren und unmittelbaren Besitzer ist[94]).

Für den Erwerb des mittelbaren Besitzes für den Auftraggeber ist als nächste Voraussetzung der Wille des Auftraggebers zu fordern, der Wille nämlich, mittelbarer Besitzer an den vom Beauftragten erworbenen Sachen zu werden. Endemann[95]) nimmt an, daß dieser Wille in dem zwischen dem unmittelbaren und mittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnis „genügend verlautbart" sei. Bruns[96]) dagegen fordert neben der Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses nach § 868 noch den besonderen Willen, den mittelbaren Besitz an den vom Beauftragten erworbenen Sachen zu erwerben. Freilich nimmt er eine Vermutung dafür an, daß dieser Wille

[93]) a. a. O., S. 157/158.
[94]) Im Ergebnis außer Bruns zustimmend Isay a. a. O., S. 276.
[95]) a. a. O., S. 212, Anm. 16.
[96]) Bruns a. a. O., S. 164.

bei Begründung des Rechtsverhältnisses vorhanden ist. Der Unterschied ist praktisch hier also nicht sehr groß.

Es wirkt sich dagegen sehr aus, wenn man das Gleiche für die Person des Beauftragten unterstellt. Nimmt man nämlich an, daß die Vereinbarung des Rechtsverhältnisses auch den Willen des Beauftragten allgemein festlegt, den Willen nämlich, für den Auftraggeber mittelbaren Besitz zu erwerben, so muß man den gegenteiligen Willen des Beauftragten im einzelnen Falle für bedeutungslos halten. Dieser Ansicht ist Endemann[97]) in der Tat, denn er sagt wörtlich:

„Ein abweichender Wille des Empfängers hat demgegenüber keine Wirkung: der durch das bestehende Rechtsverhältnis objektiv bestimmte Besitzherr hat dem Empfänger und dessen Gläubiger gegenüber Besitz und Eigentum erlangt, sobald die Sache dem als Besitzmittler gebundenen Empfänger übergeben worden ist."

Was oben bezüglich der Besitzdienerschaft gesagt worden ist, muß auch hier gelten. Es geht nicht an, den Willen des Beauftragten gänzlich zu unterdrücken. Wenn dieser in objektiv erkennbarer Weise den Willen gezeigt hat, seinem Auftraggeber nicht den mittelbaren Besitz zu erwerben, so wird man demgemäß dem Auftraggeber auch nicht den mittelbaren Besitz zusprechen dürfen. Allerdings wird man hier wieder davon ausgehen müssen, daß der Beauftragte regelmäßig den Willen haben wird, dem Auftraggeber den mittelbaren Besitz zu erwerben, als Beauftragter zu handeln. Die Regel wird also sein, daß der Auftraggeber mittelbaren Besitz erwirbt. Und nur wenn der Beauftragte ausdrücklich einen abweichenden Willen erklärt hat, hindert er den Erwerb des Auftraggebers.

Den Willen des Beauftragten hält weiter noch für bedeutungsvoll Dernburg[98]). Crome[99]) dagegen läßt den Willen des Mittlers ebensowenig entscheiden wie den des Tradenten, weil sich die Absicht oft garnicht erkennen ließe. Es wird sicher regelmäßig zutreffen, daß ein Wille des Mittlers über-

[97]) a. a. O., S. 212.
[98]) a. a. O., S. 73.
[99]) a. a. O., S. 52.

haupt nicht erkennbar wird. Das darf aber nicht zu dem Schlusse verleiten, daß dieser für die Richtung des Erwerbes keine Bedeutung hat. Sein Vorhandensein muß vorausgesetzt werden. Aeußert er sich gegenteilig, so hindert er den Erwerb des Herrn.

Es ist nun noch auf die Frage einzugehen, ob für den Erwerb des Auftraggebers erforderlich ist, daß der Beauftragte offen als Beauftragter handelt. Während bei der entsprechenden Frage bei dem Erwerbe durch Besitzdiener Einmütigkeit herrscht, bestehen hier grundsätzliche Meinungsverschiedenheiten. Planck, der als Mitarbeiter am bürgerlichen Gesetzbuch, ein gewichtiges Wort redet, vertritt die Ansicht[100]), daß der Erwerb des Herrn nicht eintrete, wenn der Beauftragte nicht offen handelt. Er stützt sich hierbei auf die Protokolle[101]) der 2. Kommission, die zum Ausdruck bringen, daß der Auftraggeber mittelbaren Besitz nicht erwerbe, wenn der Beauftragte zwar in Ausführung des Auftrages, aber im eigenen Namen den Besitz von Sachen erwerbe. Nur wenn der Beauftragte in Vertretung des Auftraggebers die Sache diesem zu Eigentum erwerbe, nach Planck[102]) ist hierzu regelmäßig offenes Handeln erforderlich, könne der Auftraggeber den mittelbaren Besitz erwerben. Das erscheint beinahe wie eine Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze auf den Besitzerwerb, wenn es Planck auch nicht offen ausspricht. Planck führt zur Bestätigung seiner Ansicht noch weiter aus, daß der Beauftragte zwar verpflichtet sei, die Sache an den Auftraggeber herauszugeben, daß dies aber lediglich eine Verpflichtung sei. Die Sache gehöre noch nicht dem Vermögen des Auftraggebers an, sie befände sich nur auf dem Wege dorthin[103]). Die Verpflichtung vergleicht er mit der Verpflichtung zur Uebergabe, die sich aus einem Kaufvertrage ergibt. Das erscheint uns als bedenkliche Verkennung des Wesens des Auftrages. Der Anspruch des Auftraggebers in Bezug auf die vom Beauftragten erworbenen Sachen ist kein

---

[100]) Vgl. a. a. O., Bd. II, S. 85.
[101]) Vgl. Prot. II, 3, S. 325.
[102]) Vgl. a. a. O., Bd. I, S. 435.
[103]) Vgl. a. a. O., Bd. III, S. 85.

Lieferungsanspruch wie beim Kauf, sondern ein echter Herausgabeanspruch[104]). Darüber sollten nach dem Wortlaute des § 667 BGB. keine Zweifel bestehen. Die Ausführungen Plancks scheinen uns daher keineswegs geeignet zu sein, Zweifel an dem Erwerbe des Auftragsgebers zu erregen, wenn der Beauftragte nicht offen handelt.

Przibilla[105]) ist, wie oben schon gesagt wurde, für eine analoge Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze auf den Besitzerwerb durch Mittelspersonen. Er steht auf dem Standpunkte, daß das Offenheitsprinzip des § 164 auch dem § 868 zugrunde liegt und hält daher offenes Handeln des Beauftragten zum Erwerbe des Auftraggebers für erforderlich[106]). Aber weder gibt es eine analoge Anwendung der Stellvertretungsgrundsätze beim Besitzerwerb durch Mittelsperson, noch geht aus dem § 868 in irgend einer Weise hervor, daß die Mittelsperson offen als solche auftreten muß. Das Letztere darf insbesondere nicht, wie es Przibilla tut, daraus geschlossen werden, daß das Gesetz die Wendung „als" Nießbraucher usw. gebraucht, um entsprechend zu ergänzen, „als" Beauftragter. Damit soll nicht zum Ausdruck gebracht werden, daß der Beauftragte offen als Beauftragter handeln muß, ebensowenig wie damit gesagt sein soll, daß der Nießbraucher, wenn er Sachen erwirbt, die Gegenstand des Nießbrauchs werden, offen als Nießbraucher handeln muß. Die Ansicht Przibilla's findet daher im Gesetze keine Stütze.

Sodann sei noch Biermann erwähnt, der ebenfalls offenes Handeln des Beauftragten fordert. „Dies nicht dagegen, weil § 164 analog anzuwenden wäre, — — — eine solche Analogie besteht nicht — — —, sondern weil nur in diesem Falle das Besitzrecht des Beauftragten als ein vom Auftraggeber abgeleitetes erscheint."[107]) Warum das der Fall sein soll, ist nicht einzusehen. Die Beziehungen zwischen dem Beauftragten und dem Auftraggeber ergeben sich aus dem zwischen ihnen bestehenden Rechtsverhältnis. Liegt ein gültiges Rechtsver-

---

[104]) Vgl. Windscheid - Kipp, S. 796.
[105]) a. a. O., S. 330.
[106]) Vgl. a. a. O., S. 332.
[107]) Vgl. zu § 868.

hältnis vor, und will der Beauftragte den aus diesem Rechtsverhältnis für ihn sich ergebenden Verpflichtungen entsprechend handeln, so muß der Besitzerwerb, um mit Biermann zu sprechen, als vom Auftraggeber abgeleitet angesehen werden. Daß dazu noch offenes Handeln erforderlich sein soll, ist nicht einzusehen.

Unseres Erachtens ist also die Tatsache, ob der Beauftragte offen als Beauftragter handelt oder nicht, auf den Erwerb des Herrn ohne Einfluß[108]). Da weiter kein Streit darüber besteht, daß dem Willen des Tradenten nur dann Bedeutung beizulegen ist, wenn er ausdrücklich erklärt hat, nur zugunsten des Empfängers den Besitz aufgeben zu wollen, können wir das Ergebnis dieses Abschnittes, wie folgt, zusammenfassen:

> Erhält jemand den Auftrag, den Besitz an einer Sache für einen anderen zu erwerben, so erwirbt der Auftraggeber den mittelbaren Besitz an dieser Sache in dem Augenblick, in dem der Beauftragte den unmittelbaren Besitz an dieser Sache erwirbt, es sei denn, daß der Beauftragte in objektiv erkennbarer Weise dem Auftraggeber den mittelbaren Besitz nicht erwerben will.

§ 8.

Das Eigentum an den vom Besitzdiener erworbenen Sachen erwirbt der Vertretene.

Wir wollen nunmehr zu der Frage zurückkehren, wer Eigentum an den dem nicht offen handelnden Vertreter übergebenen Sachen erwirbt. Die Untersuchung hierüber soll gesondert durchgeführt werden für den Vertreter, der nach § 855 unmitteelbaren Besitz für seinen Herrn erwirbt, und für den, der seinem Herrn nach § 868 mittelbaren Besitz erwirbt. Der Fall, wo der Vertreter im Innenverhältnis Besitzdiener ist, sei als erster behandelt.

---

[108]) Im Ergebnis zustimmend Bruns a. a. O., S. 167 und 168, und Endemann, S. 212.

Schon Lenel[109]), der Anhänger der Kausalitätstheorie war, und der für die Frage des Eigentumserwerbes grundsätzlich das der Tradition zugrunde liegende Kausalgeschäft entscheiden ließ, hat dann eine Ausnahme gemacht, wenn der Stellvertreter Geschäftsangestellter war. In diesem Falle erwarb der Vertretene nach Lenel mit Rechtsnotwendigkeit Besitz und Eigentum für seinen Herrn, ungeachtet des Handelns im eigenen Namen. Er selbst sagt: „Das von einem Geschäftsangestellten auf der Einkaufsreise nach Auftrag Eingekaufte fällt unmittelbar in Besitz und Eigentum des Herrn, auch wenn der Vertreter im eigenen Namen den Kauf abgeschlossen hat; weil wir einen beständig Bediensteten uns gegenüber haben und also befehlen dürfen, fühlen wir uns als Herren der Sachen, die solche Personen für uns erworben haben."

Auch Rehbein[110]) hat den viel erörterten Fall von der Köchin, die für ihren Herrn ein Dutzend silberne Löffel einkauft, in unverkennbar ähnlicher Weise dahingehend entschieden, daß der Herr Besitz und Eigentum an den Löffeln auch dann erwirbt, wenn der Verkäufer von der Stellung der Köchin nichts gewußt hat. Er sagt, es „wird nach § 855 und den Umständen des Falles angenommen werden müssen, daß die Dame den Besitz und das Eigentum der Löffel nur für A. hat erwerben wollen und können und dementsprechend auch im Moment der Uebergabe für A. erworben hat".

Auch Oertmann[111]), der im Falle des Vorliegens einer traditio in incertam personam grundsätzlich den irgendwie zutage tretenden Willen des Vertreters entscheidend sein läßt, glaubt in diesem Zusammenhange eine Ausnahme machen zu müssen. Er sagt: „Mangels anderer, noch bedeutsamerer Momente ist dabei der Fall besonders zu behandeln, wenn der Vertreter zum Dritten in einem dauernden Vertragsverhältnis steht: hat er dann einen darauf bezüglichen Erwerbsakt vollzogeen, so ist im Zweifel anzunehmen, daß er ihn direkt

[109]) Vgl. a. a. O., S. 94.
[110]) a. a. O., S. 252.
[111]) a. a. O., S. 608.

für seinen Herrn vollzogen habe." Ob Oertmann allerdings diese Ausnahme mit Rücksicht auf § 855 macht, erscheint unwahrscheinlich. Viel wahrscheinlicher erscheint es, daß er hier der später noch zu behandelnden Theorie Rümelins folgt, wonach das zwischen Vertreter und Vertretenen bestehende Vertragsverhältnis von entscheidender Bedeutung ist.

Eine Zweckmäßigkeitserwägung, auf die Biermann[112]) hingewiesen hat, ergibt jedoch, was sonst nirgendwo beachtet wird, die zwingende Notwendigkeit, die Fälle, wo der Stellvertreter hinsichtlich der erworbenen Sachen Besitzdiener ist, gesondert zu behandeln und zu entscheiden.

Es ist oben schon ausgeführt worden, daß in dem Falle, wo der Stellvertreter gemäß § 855 Besitzdiener des Vertretenen ist, der Vertreter unmittelbaren Besitz an den vom Vertreter erworbenen Sachen erwirbt, wenn die Erwerbshandlung in den Rahmen des Besitzdienerverhältnisses fällt, was regelmäßig der Fall sein wird, und der Vertreter nicht in objektiv erkennbarer Weise für sich selbst erwerben will. Der Erwerb des Herrn tritt, wie weiter ausgeführt wurde, ein, gleichgültig, ob der Vertreter im eigenen Namen oder im Namen des Herrn gehandelt hat.

Nehmen wir nun an, die in der Eigentumsübertragung enthaltene Einigung unterstände der Bestimmung des § 164 Abs. 2, so ergeben sich, wie Biermann richtig erkannt hat, unüberwindliche Schwierigkeiten hinsichtlich der Eigentumsverhältnisse. Von Ausnahmefällen abgesehen, erwirbt nämlich der Vertretene unmittelbaren Besitz an der tradierten Sache. Zum Erwerbe des Eigentums ist nach § 929 erforderlich, daß der Erwerber Besitz an der Sache erhält. Der Vertreter also kann nicht Eigentümer der ihm tradierten Sachen werden, weil er nach § 855 keinen Besitz an diesen Sachen erlangt. Der Vertretene aber kann, wenn § 164 Abs. 2 gelten soll, nicht Eigentümer werden, weil hiernach die auf Erwerb des Eigentums gerichtete Willenserklärung nur dann für den Vertretenen wirkt, wenn sie im Namen des Vertretenen oder den Umständen nach erkennbar für diesen abgegeben wird.

---

[112]) a. a. O., S. 201.

Der Veräußerer aber ist nicht mehr Eigentümer, da er das Eigentum durch die Tradition aufgegeben hat. Wie steht es nun mit der tradierten Sache? Ist diese etwa herrenlos? Das muß in der Tat bejaht werden, denn sie steht in Niemandes Eigentum.

Kann nun etwa der Vertreter durch Aneignung gemäß § 985 BGB. Eigentümer der herrenlosen Sache werden? Auch diese Frage muß man bejahen, was dann wiederum, wie Biermann weiter richtig erkannt hat, zu gesetzwidrigen Ergebnissen führen würde, wenn der Veräußerer nicht Eigentümer der tradierten Sache war.

Wir sehen hier einen offenen Widerspruch des Gesetzes. Diesen Widerspruch können wir nur lösen, wenn wir die Bestimmung des § 164 Abs. 2 für den Eigentumserwerb ausschalten und dem Vertretenen zugleich mit dem unmittelbaren Besitze auch das Eigentum an der tradierten Sache zusprechen, wie es Biermann tut. Eine reine Zweckmäßigkeitserwägung zwingt uns also, den Vertretenen zugleich mit dem Besitze auch das Eigentum an den Sachen erwerben zu lassen, die der Vertreter im eigenen Namen handelnd in Empfang nimmt.

§ 9.

Die Traditionserklärung des Veräußerers geht regelmäßig in incertam personam. Daher scheidet die Bestimmung des § 164 *Abs.* 2 *BGB. für den Eigentumserwerb aus.*

Wir wollen uns nunmehr dem Falle zuwenden, wo der Vertreter nicht dem Haushalte oder Erwerbsgeschäfte des Vertretenen angehört, auch nicht entsprechend § 855 in einem ähnlichen Verhältnis zu ihm steht, sondern lediglich auf Grund einen Auftrages des Vertretenen tätig wird.

In diesem Falle erwirbt, wie oben ausgeführt wurde, der Vertreter regelmäßig unmittelbaren Besitz an den ihm tradierten Sachen. Die Voraussetzung, Eigentum zu erwerben, ist für ihn im Gegensatz zum Besitzdiener also insoweit gegeben, als es sich um das Erfordernis der Uebergabe nach § 929 BGB. handelt.

Der Vertretene aber erwirbt, von Ausnahmefällen abgesehen, mittelbaren Besitz. Insoweit ist auch für ihn das Er-

fordernis der Uebergabe erfüllt. Das ist heute allgemein anerkannt, während es zur Zeit des Inkrafttretens des bürgerlichen Gesetzbuches Gegenstand einer lebhaften Kontroverse war. Vor allem Leonhard[113]) vertrat die Ansicht, daß der Erwerber unmittelbaren Besitz erlangen müsse, um nach § 929 Eigentümer zu werden. Ihm aber hat sich mit Recht die gesamte herrschende Ansicht gegenübergestellt, sodaß es heute als unbestritten angesehen werden kann, daß auch der Erwerb des mittelbaren Besitzes das Erfordernis der Uebergabe nach § 929 erfüllt.

Wer wird nun Eigentümer der dem gemäß § 164 Abs. 2 nicht offen handelnden Vertreter übergebenen Sachen? Der Vertreter, oder der Vertretene?

Vornehmlich Planck[114]) vertritt die Ansicht, der Vertreter erwerbe das Eigentum. Er sagt: „Ist der Wille, im Namen des Vertretenen das Eigentum zu erwerben, nicht erkennbar hervorgetreten, so erwirbt nach Abs. 2 derjenige das Eigentum, der die Uebertragung des Eigentums entgegengenommen hat." Und zwar ist dies nach Planck deswegen der Fall, weil der Veräußerer ein Interesse daran hat, an denjenigen das Eigentum zu übertragen, der mit ihm den obligatorischen Vertrag abgeschlossen hat.

Auch Enneccerus[115]) ist der Ansicht, daß § 164 Abs. 2 nicht nur auf das obligatorische Kausalgeschäft, sondern auch auf das diesem folgenden dingliche Erfüllungsgeschäft anzuwenden ist. Allerdings läßt er den Erwerb des Vertretenen durch antizipierendes Besitzkonstitut zu, und zwar dergestalt, daß der Vertretene gleichzeitig mit der Uebertragung an den Vertreter Eigentümer wird. Ebenso auch Planck[116]).

Als weitere Anhänger der Ansicht Plancks müssen sodann noch Crome[117]), v. Tuhr[118]) und Isay[119]) genannt werden.

---

[113]) a. a. O., S. 75 ff.
[114]) a. a. O., Bd. I, S. 435.
[115]) a. a. O., Bd. I, S. 460/461.
[116]) a. a. O., Bd. I, S. 435.
[117]) a. a. O., Bd. I, S. 454.
[118]) a. a. O., S. 348/349.
[119]) a. a. O., S. 324.

Während die hier genannten Schriftsteller von dem Interesse des Veräußerers an der Person des Erwerbers ausgehen, verneint eine große Anzahl von Schriftstellern dieses Interesse und spricht dann vielfach dem Vertretenen das Eigentum an den vom Vertreter erworbenen Sachen zu.

Wir erinnern uns bei dieser Gelegenheit der Ausführungen Lenels[120]), der schon im gemeinen Recht die Ansicht vertrat, daß es dem Verkäufer gleichgültig sei, wer Eigentum an den dem Vertreter tradierten Sachen erwirbt. Wir hatten dabei festgestellt, daß dieses im gemeinen Recht als herrschende Ansicht angesehen werden mußte.

Aber auch für den Bereich des geltenden Rechts muß man sich auf den Standpunkt stellen, daß die Interessen des Tradenten nur in Ausnahmefällen geschützt werden müssen, daß seine Traditionserklärung regelmäßig in incertam personam geht.

Wir haben oben zur Begründung dafür, daß aus den Geschäften des nicht offen handelnden Vertreters entsprechend § 164 Abs. 2 der Vertreter allein obligatorisch berechtigt und verpflichtet ist, die Motive zum Entwurf eines BGB. herangezogen. Die dort angeführten Gründe sind jedoch nicht geeignet, die Bestimmung des § 164 Abs. 2 auch in Bezug auf dingliche Rechtsgeschäfte als zum Schutze des Tradenten geschaffen erscheinen zu lassen. Der Tradent hat ein Interesse daran, zu wissen, wer ihm aus dem Geschäfte haftet. Es kann ihm nicht zugemutet werden, daß ihm nachher ein unbekannter insolventer Dritter als Vertragsgegner aufgedrängt wird, oder gar, welche Möglichkeit die Motive besonders im Auge haben, der Vertreter wegen Mangels im Willen seine Willenserklärung anfechten kann. Hier bedarf der Tradent des Schutzes, deswegen die Bestimmung des § 164 Abs. 2 BGB. Der Vertreter bleibt dem Tradent aus dem Geschäfte verhaftet.

Insoweit also erweist sich § 164 Abs. 2 als Schutzmaßregel für den Tradenten, jedoch nicht weiter. Daher sagt

[120]) Vgl. oben.

Bruns[121]) richtig: „Ueber die durch diesen Schutzzweck gegebene Grenze hinaus sollten aus der Verletzung des Offenheitsprinzips keine Konsequenzen gezogen werden. Das geschieht aber, sobald man das Offenheitsprinzip über den Kreis der Verpflichtungsgeschäfte auf die Leistungsgeschäfte ausdehnt."

Es würde eine Verkennung des heutigen Geschäftslebens bedeuten, wenn man für den Regelfall ein Interesse des Tradenten an dem Verbleibe der von ihm tradierten Sachen bejahen würde, solange ihm der Vertreter aus dem Vertrage persönlich haftet. Der Tradent will Erfüllung der Vertragsverpflichtungen durch den Gegenkontrahenten, weiter nichts. Was dieser mit den ihm tradierten Gegenständen anfängt, ist ihm gleichgültig. Um nochmals mit Lenel[122]) zu sprechen: „Was macht es für den Verkäufer aus, ob der hinter dem Käufer stehende Dritte sofort durch die an den Käufer erfolgte Tradition Besitzer und Eigentümer wird, oder erst durch eine zweite von Seiten des Käufers an ihn zu bewirkende Tradition?" Denn selbstverständlich bleibt es dem Vertreter belassen, jederzeit die ihm tradierte Sache weiterzuveräußern, daran kann ihn der Tradent niemals hindern. Unverständlich erscheint es daher, wenn Planck[123]) selbst bei Barkaufgeschäften, wo doch ein Interesse des Verkäufers an der Person des Erwerbers nur in ganz seltenen Ausnahmefällen vorhanden sein kann, eine Uebertragung an den, wen es angeht, verneint. Es kann selbstverständlich Fälle geben, wo auch hierbei der Veräußerer Interesse an dem Erwerbe einer bestimmten Person hat. Legt er dann seine Traditionserklärung dementsprechend fest, so kann von einer traditio in incertam personam keine Rede sein. Regelmäßig ist aber doch ein solches Interesse des Veräußerers nicht vorhanden.

Zweifel könnten sich hinsichtlich der Kreditgeschäfte ergeben. So verneint hier beispielsweise Kober[124]), der die traditio in incertam personam durchaus anerkennt, die Möglich-

---

121) a. a. O., S. 5.
122) a. a. O., S. 44.
123) a. a. O., 5b zu § 164.
124) Bei Staudinger, Bd. III, § 929, IV, 2b.

keit einer solchen Tradition. Auch Oertmann[125]) glaubt hier eine Ausnahme machen zu müssen. Unseres Erachtens zu Unrecht. Nehmen wir den Fall[126]), wo der insolvente A als Vertreter des B bei X auf Kredit eine Uhr kauft, ohne zu erwähnen, daß er als Vertreter des zahlungsfähigen A handeln will, X die Uhr dem B übergibt, ohne sich das Eigentum an dieser Uhr vorzubehalten. B bleibt dem X nach § 164 Abs. 2 persönlich für die Zahlung des Kaufpreises verhaftet. Ist er insolvent, so ist das Sache des X. Das Eigentum an der Uhr hat er auf diese Gefahr hin aufgegeben. Ob B Eigentümer der Uhr wird, kann ihm dabei gleichgültig sein, denn dieser kann sie doch jederzeit weiterveräußern. Hätte X sich sichern wollen, so hätte er A die Uhr unter Eigentumsvorbehalt übergeben müssen. Es ist daher nicht einzusehen, warum X ein Interesse daran haben soll, daß gerade A die Uhr erwerben soll. Vertauschen wir die Rolle des A und des B, so bleibt das Ergebnis das Gleiche, denn noch viel weniger ist dann einzusehen, daß X ein Interesse daran haben soll, daß B die Uhr für sich und nicht für A erwirbt.

Wenn Oertmann[127]) dagegen eine weitere Ausnahme bei schenkweiser Uebergabe macht, so muß man ihm hier in vollem Umfange beipflichten. Denn naturgemäß wird bei einer Schenkung der Schenker an der Person des Schenkungsnehmers immer wieder ein Interesse haben, nur an diesen nehmers immer wieder ein Interesse haben, nur an diesem will er übereignen. Praktisch ist allerdings diese Ausnahme für uns nur von geringer Bedeutung, denn es ist kaum auszudenken, daß der Schenkungsnehmer im Auftrage und als Stellvertreter eines anderen die Schenkung entgegennimmt.

So müssen wir denn ein Interesse des Tradenten an der Person des Erwerbers für den Regelfall verneinen. Diesem Ergebnisse können auch die Ausführungen Leonhard's[128]) keinen Abbruch tun, der ein Interesse des Veräußerers an der Person des Erwerbers aus § 3 des Anfechtungsgesetzes her-

---

[125]) a. a. O., S. 607.
[126]) Vgl. Weilinger a. a. O., S. 23 und 24.
[127]) a. a. O., S. 607.
[128]) a. a. O., S. 30.

leiten will, wonach unentgeltliche Veräußerungen innerhalb bestimmter Zeit an Verwandte der Anfechtung unterliegen. Hiergegen hat Rümelin schon mit Recht eingewandt[129]), „daß man aus der Möglichkeit eine ausnahmsweise Zuspitzung der Interessenlage auf eine solche Exekutionsanwartschaft nicht den Schluß ziehen dürfe, daß eine besondere Erklärung dahin abgegeben werden könne, der Gegenkontrahent, und nur er, solle erwerben".

Es ist daher dem Reichsgericht in vollem Umfange beizupflichten, das in seinen letzten hierauf bezüglichen Entscheidungen in konstanter Rechtsprechung dem Willen des Tradenten nur dann Bedeutung beilegt, wenn dieser ein besonderes Interesse an der Person des Erwerbers hat[130]). So ausdrücklich in seiner Entscheidung vom 2. November 1920[131]):

„Die Entscheidung dieser Frage kann bei verdeckter Stellvertretung regelmäßig auch nicht auf den Uebereignungswillen des Veräußerers abgestellt werden, da es diesem in den weitaus meisten Fällen, besonders wenn es sich um Kaufgeschäfte des täglichen Lebens handelt, gleichgültig ist, für wen der Empfänger der Sache, der Käufer, erwirbt. Der Wille des Veräußerers kommt nur dann in Betracht, wenn für ihn ein besonderes Interesse bestand, daß gerade sein Vertragsgegner, und niemand anders Eigentümer werden sollte."

§ 10.

Ist der Vertreter im Innenverhältnis Beauftragter, so erwirbt regelmäßig der Vertretene Eigentum an den dem Vertreter übergebenen Sachen.

Die dingliche Einigung bei der Eigentumsübertragung setzt sich zusammen aus der Erklärung des Veräußerers und der des Erwerbers. Die Erklärung des Veräußerers aber geht, wie im letzten Abschnitte nachgewiesen wurde, regelmäßig in incertam personam, der Veräußerer überträgt das Eigentum an den, wen es angeht.

---

[129]) a. a. O., S. 231.
[130]) Vgl. Bd. 99, S. 208; Bd. 100, S. 192; Bd. 109, S. 169.
[131]) Vgl. Bd. 99, S. 208 ff.

Suchen wir nun nach Anhaltspunkten in der Person des Erwerbers, des Vertreters, dafür, wer das Eigentum an den tradierten Sachen erhält, so tauchen die Probleme wieder auf, die im gemeinen Recht Gegenstand erbitterter Kontroversen waren.

Wir erinnern uns dabei zunächst der Willenstheorie Bremers, die im gemeinen Recht alles in allem die herrschende war. Nach ihr ist der aus den Umständen zu ermittelnde innere Wille des Vertreters ausschlaggebend für die Person des Eigentumerwerbers. Eine Reihe gewichtiger Bedenken lassen sich gegen diese Theorie geltend machen. Auf das erste davon hat bereits Lenel[132]) hingewiesen. Es ist nämlich vom Standpunkte des Vertretenen aus unbillig, es völlig in das Belieben des Vertreters zu stellen, der Eigentum an den diesem übergebenen Sachen erwirbt. Weiter hat Leonhard[133]) mit Recht darauf hingewiesen, daß aus beweisrechtlichen Erwägungen heraus sich schwere Bedenken ergeben. Wird doch der Vertreter in den meisten Fällen die einzige Person sein, die über den maßgebenden Willen Auskunft geben kann. Der Vertreter aber ist erheblich beteiligter Zeuge. „An der Unmöglichkeit des Beweises müßten daher die meisten Klagen scheitern, die auf Grund eines Erwerbes durch Stellvertreter erhoben werden." Der größte Gegner der Willenstheorie aber ist die Tatsache, daß der Vertreter einen bestimmten Willen, für wen er Eigentum erwerben will, meistens überhaupt nicht hat.

Das erläutert schlagend die Umfrage, die Lenel[134]) bei den Hamburger Kommissionären veranstaltete. Auf die Frage, für wen sie Eigentum erwerben wollten, wenn sie die Kommission ausführten, antworteten sie, daß ihr Wille lediglich dahinginge, die Kommission auszuführen. Der Juristen Sache sei es, zu entscheiden, wer Eigentümer werde. Das Gleiche muß durchschnittlich für jeden Vertreter gelten. „Der Vertreter will die Sache an sich nehmen und dann dem Vertre-

---

[132]) a. a. O., S. 51.
[133]) a. a. O., S. 41.
[134]) a. a. O., S. 49.

tenen abliefern und darüber, ob mit jenem Ansichnehmen Besitz- und Eigentumserwerb für den Prinzipal verknüpft ist, macht er sich überhaupt keine Gedanken."[135]) Oder wie Pininski[136]) sagt: „Der Auftraggeber will in der Regel nur, daß der Erwerb praktisch ihm zugute komme, der Mandatar erwirbt und bewahrt die Sache einfach „zugunsten" des Mandanten, ohne sich meistens darum zu kümmern, ob er sie dermalen für sich erworben hat oder nicht."

Unter Würdigung dieser Bedenken kann auch für das heutige Recht der Willenstheorie nur bedingt zugestimmt werden. Von neueren Schriftstellern vertritt jetzt Kober[137]) die Ansicht, daß der Vertreter durch den bloßen inneren Willen für den Vertretenen erwerben könne, wenn eine traditio in incertam personam vorliegt. Dagegen hält Oertmann[138]) den irgendwie zutage tretenden Willen des Vertreters für maßgebend, im Gegensatz zu dem inneren oder in der Erklärung niedergelegten Willen.

Die gemeinrechtliche Interessentheorie Iherings[139]) will die Erwerbsfrage unabhängig von dem Willen der Parteien entscheiden. Es kommt nach ihr darauf an, festzustellen, ob der Vertreter ein Interesse daran hat, für sich selbst zu erwerben, oder nicht. Handelt er im eigenen Namen, verpflichtet er sich also selbst, so hat er nach Ihering immer Interesse am Eigenerwerb.

Mag auch die Interessentheorie gegenüber der Willenstheorie den Vorteil haben, daß sie den Willen des Vertreters in seiner Bedeutung einengt, so hat sie doch die größeren Nachteile auf ihrer Seite. Sie schützt nämlich einseitig die Interessen des Vertreters, der Vertretene aber muß doch auch geschützt werden. Das ist besonders der Fall, wenn der Vertreter mit Mitteln des Vertretenen seinen Verpflichtungen aus dem Vertrage nachgekommen ist. Die Interessentheorie führt besonders dann zu wenig billigenswerten Ergebnissen.

---

[135]) a. a. O., S. 46.
[136]) a. a. O., S. 219.
[137]) Bei Staudinger, III. Bd., IV, 2b zu § 929.
[138]) a. a. O., S. 608.
[139]) Vgl. oben.

Auch die Kausalitätstheorie Lenels[140]) kann im Ergebnis nicht befriedigen. Sie hat zwar gegenüber der Interessenstheorie den Vorteil, daß sie nicht das Interesse des Vertreters im einzelnen Falle, sondern die typische Interessenlage entscheidend sein läßt. Für die Interessenlage aber aufschlußgebend ist nach Lenel das der Tradition zugrunde liegende Kausalverhältnis. Ist dieses vom Vertreter im eigenen Namen abgeschlossen, so erwirbt der Vertreter immer für sich selbst, mag er auch für sich selbst nicht erwerben wollen. Insoweit bringt die Kausalitätstheorie der Interessentheorie gegenüber einen Fortschritt also nicht, denn es gilt auch Interessen des Vertretenen zu schützen, selbst wenn das Kausalverhältnis im Namen des Vertretenen geschlossen ist.

Die gemeinrechtliche Konstitutstheorie, die, wie oben schon gesagt wurde, auch heute noch von vielen, z. B. Planck und Enneccerus und auch von dem Reichsgericht vertreten wird, muß hier unberücksichtigt bleiben, denn in Wahrheit verneint sie doch die Möglichkeit des Erwerbes des Herrn unmittelbar aus dem Traditionsgeschäft.

Dagegen haben wir uns noch mit der Theorie Rümelins[141]) zu befassen, die das Schwergewicht der Entscheidungsgründe auf das zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen bestehende Innenverhältnis verlegt. Dieses Innenverhältnis ist nach Rümelin objektiv festzustellen[142]):

1. Aus den Abmachungen der Parteien,
2. aus den wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den Parteien und der Verkehrsauffassung.

Im Ergebnis führt diese Theorie also dazu, daß das zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen bestehende Auftragsverhältnis die Richtung des Eigentumsüberganges objektiv festlegt. Darin liegen eine Reihe von Vorzügen gegenüber den anderen Theorien. Sie legt dem Willen des Vertreters, der doch dazu in den meisten Fällen nicht festzustellen sein wird, nicht die allein entscheidende Bedeutung bei, wie

---

[140]) Vgl. oben.
[141]) a. a. O., S. 218 ff.
[142]) Vgl. Rosenstock, S. 32.

die Willenstheorie. Sie baut auf sichtbare Tatsachen auf[143]). Sie berücksichtigt auch die Interessenlage, aber im Gegensatz zur Interessentheorie sowohl vom Standpunkte des Vertreters, als auch von dem des Vertretenen aus. Das ist ihr bemerkenswertester Vorzug gegenüber allen anderen Theorien, sie wird dem Schutze des Vertretenen am meisten gerecht, sie unterscheidet sich dadurch auch wesentlich von der Kausalitätstheorie Lenels.

Will man die Frage, wer Eigentum an den dem Vertreter übergebenen Sachen erwirbt, in befriedigender Weise entscheiden, so wird man mit Rümelin auf das zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen bestehende Auftragsverhältnis zurückgreifen müssen, dann nur kann man beiden Teilen in gleicher Weise gerecht werden.

Dem Wesen der Einigung gemäß § 929 entspricht es allerdings allein, wenn man die Willenserklärung des Vertreters entscheidend sein läßt. Aber das ist doch gerade das Typische, daß eine solche Erklärung des Vertreters im Falle des § 164 Abs. 2 fehlt. Der Vertreter erklärt nicht nur nicht, für den Vertretenen handeln zu wollen, er erklärt auch nicht, für sich erwerben zu wollen, er erklärt überhaupt nichts über die Richtung seines Erwerbswillens. Und den bloßen inneren Willen des Vertreters kann man nicht entscheiden lassen. Er ist nicht nur keine Willenserklärung, er ist vor allem nicht kontrollierbar. Deshalb muß auch die Ansicht Kobers[144]) zurückgewiesen werden.

Uns erscheint daher das zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen bestehende Auftragsverhältnis für die Richtung des Eigentumsüberganges als entscheidender Faktor. Und dieses Auftragsverhältnis deutet regelmäßig auf einen Erwerb des Vertretenen hin, wenn man bedenkt, daß der Vertreter mit Vertretungsmacht ausgestattet ist, diese aber nach § 164 Abs. 2 für den Vertretenen keine Wirkung hat. Nur wenn der Vertreter ausdrücklich erklärt, für sich selbst erwerben zu wollen, so tritt der Erwerb in seine Person ein.

---

[143]) Ebenda.
[144]) Vgl. oben.

Das Ergebnis dieses Abschnittes können wir daher, wie folgt, zusammenfassen:

Ist der gemäß § 164 Abs. 2 BGB. nicht offen handelnde Vertreter im Innenverhältnis Beauftragter, so erwirbt der Vertretene das Eigentum an den vom Vertreter erworbenen Sachen, es sei denn, daß der Tradent ein besonderes Interesse an der Person des Erwerbers hat, oder daß der Vertreter bei Entgegennahme dieser Sachen ausdrücklich erklärt, für sich selbst Eigentum erwerben zu wollen.

§ 11.

Der Standpunkt der Praxis.

Das Ergebnis unserer Untersuchung ist also, daß trotz der Bestimmung des § 164 Abs. 2 BGB. der Vertretene Eigentümer der vom Vertreter erworbenen Sachen wird. Das gilt unbeschränkt für die Fälle, wo der Vertreter nach § 855 BGB. dem Vertretenen unmittelbaren Besitz an den von ihm erworbenen Sachen erwirbt. Das gilt regelmäßig auch für die Fälle, wo der Vertreter nach § 868 BGB. dem Vertretenen mittelbaren Besitz erwirbt.

Was die Praxis anbetrifft, so stimmt diese nur zum Teil in ihren Entscheidungen mit unserem Ergebnisse überein. Für direkten Erwerb des Vertretenen sprechen sich zwei Oberlandesgerichtsentscheidungen aus, die des Oberlandesgerichts Hamburg[145]) vom 9. Juni 1904 und die des Oberlandesgerichts Rostock[146]) vom 14. April 1902.

Dagegen leugnen direkten Erwerb des Vertretenen Entscheidungen der Oberlandesgerichte Breslau[147]), Kiel[148]), und Hamburg[149]).

Das Reichsgericht hat in seinen Entscheidungen nach dem Inkrafttreten des BGB. teils diese, teils jene Ansicht vertreten. In einer Entscheidung vom 3. Februar 1903[150]) nimmt es

---

[145]) Seufferts Archiv, Band 60, Nr. 123, S. 231.
[146]) Rechtspr., Bd. 5, S. 46.
[147]) 26. Februar 1908, Rechtspr., Bd. 20, S. 64.
[148]) 2. November 1908, Rechtspr., Bd. 20, S. 64 und 65.
[149]) 25. Februar 1909, Rechtspr., Bd. 20, S. 63.
[150]) Gruch, Bd. 47, S. 987.

unmittelbaren Erwerb des Vertretenen an. Und schon einen Monat später[151]), am 7. März 1903, bejaht es den Erwerb in der Person des Vertreters. Den gleichen Standpunkt vertritt es auch in der Entscheidung vom 9. Oktober 1919[152]).

In dieser letzten Entscheidung heißt es: „Es steht aber nichts im Wege, auch hier den Besitz und das Eigentum mittels sogen. constitutum possessorium von dem Vertreter auf den Vertretenen sogleich übergehen zu lassen." Hier also schließt sich das Reichsgericht der Ansicht Plancks an.

Was den Erwerb des Vertretenen durch constitutum possessorium angeht, so hat das Reichsgericht auch in seinen letzten diesbezüglichen Entscheidungen den Erwerb dieser Art in der Person des Vertretenen bejaht[153]), damit also gleichzeitig den Erwerb des Vertretenen unmittelbar aus dem Traditionsgeschäft verneint. Die Gründe hierfür sind aus keiner dieser Entscheidungen, die u. E. nicht zu rechtfertigen sind, weil regelmäßig Eigentum aus dem Traditionsgeschäft auf den Vertretenen übergeht, ersichtlich. Das verwundert umsomehr, weil das Reichsgericht in allen diesen Entscheidungen gleichzeitig die Traditionserklärung des Tradenten, wie oben schon gesagt wurde, regelmäßig ausschaltet, die Vorbedingung für einen Erwerb des Vertretenen unmittelbar aus dem Traditionsgeschäft also anerkennt. Es bleibt daher dringend zu wünschen, daß das Reichsgericht sich noch einmal mit den hier behandelten Fragen beschäftigt, denn die in seinen letzten Entscheidungen eingehaltene Ansicht kann in dieser Form, unter Berücksichtigung unseres Ergebnisses, nicht gebilligt werden.

---

[151]) Bd. 54, S. 103 ff.

[152]) J. W. 20, S. 561.

[153]) Vgl. Bd. 99, S. 208 ff.; Bd. 100, S. 190 ff.; Bd. 109, S. 169 ff.